



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/131963>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen

Inleiding

De vraag of een vordering moet worden aangemerkt als een reeds bestaande vordering dan wel als een (nog) niet bestaande vordering, speelt een belangrijke rol in het goederenrecht, in het bijzonder op het terrein van de cessie en verpanding van vorderingen.¹ Dit hangt samen met het feit dat een vordering die (nog) niet bestaat, geen voorwerp kan zijn van een beschikkingshandeling die onmiddellijk goederenrechtelijk effect sorteert. Een leverings- of vestigingshandeling bewerkstelligt immers slechts *dán* een onmiddellijke overdracht van de vordering of een onmiddellijke vestiging van het pandrecht indien de cedent of pandgever op het moment van het verrichten van deze handeling beschikkingsbevoegd is. Deze beschikkingsbevoegdheid ontbreekt wanneer de vordering nog niet bestaat. Ook wanneer de cedent of pandgever de beschikkingshandeling die voor de overdracht van de vordering of de vestiging van het pandrecht noodzakelijk is, bij voorbaat verricht (vergelijk art. 3:97 j° 3:94 (j° 3:98) BW), vindt de daadwerkelijke vermogensverschuiving pas plaats op het moment dat de vordering tot stand komt en de cedent of pandgever beschikkingsbevoegd wordt. Een tussentijds faillissement van de cedent of pandgever verhindert de overgang van de vordering of de totstandkoming van het pandrecht; de vordering valt (onbelast) in de failliete boedel (vergelijk art. 23 en 35 lid 2 Fw).

De vraag *wanneer* een vordering een bestaande vordering is dan wel een (nog) niet bestaande vordering, is van verbintenisrechtelijke aard.² In deze bijdrage wil ik de aandacht vestigen op drie soorten van vorderingen, te weten de vordering onder opschortende tijdsbepaling, de vordering onder opschortende voorwaarde en de toekomstige vordering. De regeling van de onverschuldigde betaling vormt een geschikte toetssteen bij de vaststelling welke vordering wel en welke (nog) niet bestaat. Een betaling die onverschuldigd plaatsvindt, is immers een betaling waar geen verbintenis aan ten grondslag ligt.³ De betaling van een nog niet bestaande vordering zal dan ook met een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling kunnen worden teruggevorderd; een terugvordering is daarentegen niet mogelijk in het geval van een 'verschuldigde' betaling

¹ Zie Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 234 e.v., i.h.b. no. 236; Asser-Mijnssen, Zakenrecht III (1994), no. 127 e.v.; Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 318 e.v., i.h.b. no. 322, 816; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 420 e.v., i.h.b. no. 428.

² Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 322.

³ Asser-Hartkamp (4-III (2002), no. 323) noemt enkele (uitzonderlijke) situaties die een actie uit onverschuldigde betaling rechtvaardigen hoewel aan de betaling *wél* een verbintenis ten grondslag ligt, bijvoorbeeld wanneer de prestatie door de schuldeiser als ondeugdelijk wordt geweigerd.

van een bestaande vordering. Om die reden zal in het bijzonder vanuit het gezichtspunt van de onverschuldigde betaling gekeken worden naar de drie genoemde vorderingen. Daarnaast zal ook de (goederenrechtelijke) problematiek ter sprake komen die betrekking heeft op het verrichten van beschikkingshandelingen ten aanzien van al dan niet bestaande vorderingen. Ik behandel in deze bijdrage het Romeinse recht en het moderne Nederlandse recht, waar mogelijk geïntegreerd.

Vordering onder opschortende tijdsbepaling

Een ‘tijdsbepaling’ of ‘termijn’ (*dies*) kan betrekking hebben op een *zeker* toekomstig tijdstip maar ook op een *onzeker* toekomstig tijdstip. Een voorbeeld van een vordering onder opschortende tijdsbepaling waarbij men een *zeker* toekomstig tijdstip op het oog heeft, is de vordering tot levering van een gekochte zaak ‘op 30 januari a.s.’ Ook de vordering tot betaling van de koopprijs ‘over een jaar na heden’ is onderhevig aan een opschortende tijdsbepaling waarbij het tijdstip *zeker* is. In beide gevallen staat vast *dat* het afgesproken tijdstip aanbreekt en ook *wanneer* dat het geval zal zijn (*dies certus an, certus quando*). Van het *onzekere* toekomstige tijdstip daarentegen is zeker *dat* het aanbreekt maar vooralsnog onzeker *wanneer* dit zal gebeuren (*dies certus an, incertus quando*). Hierbij kan men denken aan het moment van overlijden van een bepaalde (nog in leven zijnde) persoon: hoewel het onduidelijk is wanneer dit overlijden plaatsvindt, staat vast dat het ooit gebeurt. Samenvattend kan worden gezegd dat sprake is van een tijdsbepaling als zeker is *dat* het aangegeven tijdstip aanbreekt, zelfs als nog onduidelijk is *wanneer*.⁴

De vraag rijst wat de rechtsgevolgen zijn van een obligatoire rechtshandeling waar een opschortende tijdsbepaling aan is verbonden. Hier is het van belang om vast te stellen dat met het verrichten van een dergelijke rechtshandeling de verbintenis *zélf* onmiddellijk ontstaat.⁵ Weliswaar wordt de verbintenis – totdat het afgesproken tijdstip is aangebroken – wel aangeduid als een *verbintenis onder opschortende tijdsbepaling*, dit betekent echter niet dat de verbintenis *zélf* is opgeschort. De opschorting betreft slechts de uitvoering van

⁴ Zie Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 234. Zie over de *dies* in het Romeinse recht: M. Kaser, *Das römische Privatrecht, I: Das altr mische, das vorklassische und klassische Recht*, 2^o dr., München 1971, § 61, p. 258 en 259; H. Dernburg, *System des römischen Rechts: Der Pandekten*, 8^o dr. bewerkt door P. Sokolowski, Berlin 1910-1912, § 101 en 102 en B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9^o dr. bewerkt door Th. Kipp, Frankfurt a.M. 1906, § 96 en § 96a.

⁵ De rechtshandeling die naar haar aard geen verbintenissen in het leven roept, zoals de verwerping van een nalatenschap, de bewijsovereenkomst of de overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht of van een beperkt recht, laat ik hier verder buiten beschouwing. Tenzij het tegendeel uit de tekst blijkt, beperk ik mij tot de meest voorkomende verschijningsvorm van de meerzijdige obligatoire rechtshandeling: de verbintenisscheppende overeenkomst.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

de verbintenis; er kan vooralsnog geen nakoming worden afgedwongen.⁶ De verbintenis is, anders gezegd, nog niet opeisbaar.⁷ Vergelijk voor het moderne recht art. 6:39 lid 1 BW:

‘Is wel een tijd voor de nakoming bepaald, dan wordt vermoed dat dit slechts belet dat eerdere nakoming wordt gevorderd.’

In het Romeinse recht was het niet anders:

‘(...) Wij brengen onder verschaft krediet niet alleen dat bedrag dat we daadwerkelijk aan krediet geven, maar ook al datgene waarvan het op het moment dat de verbintenisrechtelijke overeenkomst tot stand komt, zeker is dat het verschuldigd zal worden, dat houdt in dat er geen enkele (opschortende) voorwaarde in de verbintenis is opgenomen; *en daarom valt daar ook onder het geld waarvan wij hebben gestipuleerd dat het op een bepaalde, zekere dag gegeven wordt, omdat zeker is dat het verschuldigd zal worden, hoewel het pas na het aanbreken van het afgesproken tijdstip kan worden opgeëist.* (...)’ (Gaius III, 124)⁸ (cursivering toegevoegd)

Het feit dat een obligatoire rechtshandeling waarin een opschortende tijdsbepaling is opgenomen, onmiddellijk een verbintenis doet ontstaan, blijkt uit de onmogelijkheid om met een actie uit onverschuldigde betaling terug te vorderen wat vóór het aanbreken van het afgesproken tijdstip is betaald.⁹ De voldoening van een schuld onder tijdsbepaling geschiedt dus niet zonder rechtsgrond. Zie voor het moderne recht art. 6:39 lid 2 BW:

‘Betaling vóór de vervaldag geldt niet als onverschuldigd.’

En voor het Romeinse recht D. 12,6,10:

⁶ Niet wezenlijk anders is de opvatting dat de verbintenis onder opschortende tijdsbepaling nog geen (*volledige*) *werking* zou hebben (Asser-Hartkamp 4-I (2000), nos. 232, 236 en 238; Windscheid/Kipp, § 96); er kan vooralsnog geen nakoming van de bestaande (en m.i. dus volledig werkende) verbintenis worden gevorderd. Op het gekunstelde onderscheid tussen de verbintenis en haar werking kom ik nog terug.

⁷ Overigens omvat het begrip ‘niet opeisbare verbintenis’ doorgaans meer dan alleen de verbintenis onder opschortende tijdsbepaling. Zo noemt men ook wel de verbintenis onder opschortende voorwaarde een nog niet opeisbare verbintenis, evenals de verbintenis die pas kan worden afgedwongen als de wederpartij van de schuldenaar eerst zal hebben gepresteerd. Zie Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 233.

⁸ ‘(...) pecuniam autem creditam dicimus non solum eum, quam credendi causa damus, sed omnem, quam tum, cum contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est sine ulla condicione deducitur in obligationem; *itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est eam debitum iri, licet post tempus petatur.* (...)’ (cursivering toegevoegd) Zie verder: D. 36,3,9; D. 44,7,44,1; D. 45,1,46 pr; D. 50,16,213 pr.

⁹ In gelijke zin: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 236; Dernburg/Sokolowski, § 102, p. 203, voetnoot 5; Windscheid/Kipp, § 96, p. 501, voetnoot 5; (kennelijk) Kaser, Das römische Privatrecht I, § 61, p. 258 (voetnoot 68).

OUT

‘Een schuldenaar op termijn is in die mate schuldenaar, dat hij hetgeen vóór het verschijnen van de termijn betaald is, niet kan terugvorderen (*met een actie uit onverschuldigde betaling*).’¹⁰ (gecursiveerde tekst toegevoegd)

Voor de volledigheid moet worden opgemerkt dat een rechtshandeling ook een *ontbindende* tijdsbepaling kan bevatten.¹¹ In dat geval gaat de verbintenis teniet op het aangegeven tijdstip. Een voorbeeld is de overeenkomst van bruikleen waaruit de bevoegdheid voortvloeit de zaak ‘tot 1 juli a.s.’ te gebruiken. De verbintenis onder ontbindende tijdsbepaling laat ik hier buiten beschouwing omdat zij, nog minder dan de verbintenis onder opschortende tijdsbepaling, vragen oproept naar het al dan niet *bestaan* van de verbintenis.¹²

Vordering onder opschortende voorwaarde

Aan een rechtshandeling kan niet alleen een tijdsbepaling maar ook een voorwaarde (*condicio*) worden verbonden.¹³ Een voorwaarde is een toekomstige onzekere gebeurtenis.¹⁴ Terwijl men van een tijdsbepaling zeker weet dat zij ooit intreedt, is kenmerkend voor een voorwaarde dat niet vaststaat of de toekomstige gebeurtenis zal plaatsvinden. Daarnaast kan het bij een voorwaarde nog onzeker zijn *wanneer* de toekomstige gebeurtenis zich zal voordoen. Ik geef twee voorbeelden. Wanneer ik u mijn auto heb verkocht onder het beding ‘dat u volgende week slaagt voor uw rij-examen’, hebben wij in onze koopovereenkomst een opschortende voorwaarde opgenomen. In dit voorbeeld is slechts onzeker *of* de toekomstige gebeurtenis plaatsvindt (te weten of u zult slagen voor uw rij-examen). Zeker is, *wanneer* zij eventueel zal plaatsvinden (namelijk de dag waarop u volgende week moet afrijden) (*incertus an, certus quando*). Als ik u mijn huis schenk ‘indien u zult trouwen’ en u gaat akkoord, hebben wij wederom een opschortende voorwaarde aan onze overeenkomst verbonden. Nu is zowel het

¹⁰ In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit. Zie ook D. 12,6,17 en D. 12,6,56. De in deze bijdrage weergegeven Digestenvertalingen komen uit: J.E. Spruit e.a. (red.), Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling (delen I - VI).

¹¹ Zie over de ontbindende tijdsbepaling: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 244. Voor het Romeinse recht: D. 44,7,44,1 en de literatuur hierboven vermeld in voetnoot 4.

¹² Overigens moeten van vorderingen onder opschortende tijdsbepaling worden onderscheiden de vorderingen tot periodieke betalingen. Deze laatste vorderingen kunnen zeer wel nog niet bestaande – want *toekomstige* – vorderingen zijn. Hierop kom ik later terug.

¹³ Vgl. art. 3:38 lid 1 BW: ‘Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht.’ Zie voor het Romeinse recht bijvoorbeeld Inst. 3,15,2 (hierna weergegeven).

¹⁴ Vgl. art. 6:21 BW: ‘Een verbintenis is voorwaardelijk, wanneer bij rechtshandeling haar werking van een toekomstige onzekere gebeurtenis afhankelijk is gesteld.’ Zie over de vereisten waar een voorwaarde aan moet voldoen: Asser-Hartkamp 4-I (2000), nos. 160-168. Zie over de voorwaarde in het Romeinse recht: Kaser, Das römische Privatrecht I, § 61, p. 253-258; Windscheid/Kipp, § 86 - § 95; Dernburg/Sokolowski, § 93 - § 100.

plaatsvinden zélf van de toekomstige gebeurtenis (uw huwelijk) nog onzeker als ook het tijdstip waarop (*incertus an, incertus quando*).¹⁵

Er bestaat een periode van onzekerheid tot het moment waarop de opschortende voorwaarde die in de rechtshandeling is opgenomen, in vervulling gaat of definitief niet meer in vervulling kan gaan. Hieronder zal worden ingegaan op de vraag naar de rechtstoestand tussen partijen ‘hangende de voorwaarde’. Het Romeinse recht en het moderne recht (oud BW en huidig BW) worden afzonderlijk besproken. In de opvatting van het Romeinse recht bestaat de uit de rechtshandeling voortvloeiende verbintenis hangende de voorwaarde nog niet; het ontstaan van de verbintenis is opgeschort totdat de voorwaarde in vervulling gaat. Tegenover deze opvatting, die men ook nog in het oude BW aantreft, *lijkt* de constructie van het huidige BW te staan, volgens welke de verbintenis hangende de voorwaarde reeds bestaat, zij het *met opgeschorte werking* (vergelijk art. 6:21 en 6:22 BW). Hieronder zal ik uiteenzetten dat deze zienswijze een ongelukkige is: er wordt niet alleen een onderscheid tussen het oude en het nieuwe recht door gesuggereerd (die er in wezen niet is), zij berust bovendien op een misvatting die ertoe heeft geleid dat een buitengewoon gekunsteld onderscheid tussen de verbintenis en haar werking werd geconstrueerd.

Romeins recht: het ontstaan van de verbintenis is opgeschort

Volgens de Romeinsrechtelijke zienswijze is met het verrichten van de rechtshandeling waaraan de opschortende voorwaarde is gekoppeld, de verbintenis zélf nog niet tot stand gekomen; deze komt pas tot stand indien – en op het moment dat – de opschortende voorwaarde in vervulling gaat. Tot die tijd bestaat er tussen partijen slechts een contractuele rechtsverhouding. Er moet in deze opvatting dus een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de rechtshandeling waarin de opschortende voorwaarde is opgenomen en anderzijds het *rechtsgevolg* van de rechtshandeling, te weten (het ontstaan van) de verbintenis: wanneer in een rechtshandeling een opschortende voorwaarde is opgenomen, beoogt men het *rechtsgevolg* van de rechtshandeling op te schorten. Dit betekent dat de verbintenis pas ontstaat op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Dit onderscheid tussen enerzijds de contractuele rechtsverhouding die onmiddellijk ontstaat met het verrichten van de rechtshandeling waarin de voorwaarde is opgenomen en anderzijds de verbintenis waarvan het ontstaan vooralsnog is opgeschort, komt tot uitdrukking in een veelbesproken tekst van Paulus (D. 45,3,26)¹⁶:

¹⁵ Zie voor meer voorbeelden: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 155.

¹⁶ Zie uitgebreid over deze tekst (inclusief literatuurverwijzingen): W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis, römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn 1990, § 10: Der bedingte Rechtsakt, p. 139-144.

OUT

‘(...) Wat geldt derhalve, als wel onder voorwaarde wordt gestipuleerd? (...), aangezien de stipulatie (*dat wil zeggen: de rechtshandeling*) vanaf het eerste moment rechtskracht krijgt, ook al is de daarop gebaseerde actie (*dat wil zeggen: de verbintenis*) hangende.’¹⁷ (gecursiveerde tekst toegevoegd)

Deze tekst verduidelijkt hoe misleidend de uitdrukkingen ‘voorwaardelijke rechtshandeling’ en ‘voorwaardelijke overeenkomst’ zijn. De gedachte dat een rechtshandeling ‘voorwaardelijk’ zou kunnen worden verricht, is onjuist omdat het verrichten van een rechtshandeling *de facto* (dat wil zeggen: als *gebeurtenis*) nooit voorwaardelijk kan geschieden. Hoe zou men een wilsverklaring voorwaardelijk af kunnen leggen? Met recht betoogt Paulus dan ook dat de stipulatie waarin de voorwaarde is opgenomen – ook al bestaat de uit haar voortvloeiende verbintenis nog niet – vanaf het ogenblik dat zij wordt afgelegd, rechtskracht heeft. De voorwaarde die in feitelijke zin onderdeel uitmaakt van de stipulatie, maakt dus niet de rechtshandeling zélf tot een voorwaardelijke, maar wel het door de rechtshandeling beoogde *rechtsgevolg*. Veelzeggend is ook dat de Romeinse juristen de stipulatie waaraan een opschortende voorwaarde is verbonden, nergens bestempelen als een ‘*stipulatio non existens* of *nulla* of *inutilis*.’¹⁸

Wanneer men dus de rechtstoestand hangende de opschortende voorwaarde aanduidt als een ‘voorwaardelijke verbintenis’, moet worden bedacht dat deze ‘voorwaardelijke verbintenis’ – althans in de hier besproken opvatting – een rechtens (nog) niet bestaande verbintenis is.¹⁹ Dit laatste blijkt niet zozeer uit het feit dat de ‘voorwaardelijke schuldeiser’ vooralsnog geen nakoming kan afdwingen²⁰, als wel uit de omstandigheid dat

¹⁷ (...) quid ergo, si sub condicione stipuletur? (...), quia ex praesenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.

¹⁸ Flume, Der bedingte Rechtsakt, p. 129.

¹⁹ De opvatting dat de verbintenis nog niet bestaat zolang de opschortende voorwaarde niet in vervulling is gegaan, vindt men bij verschillende auteurs terug (zie echter ook hieronder voetnoot 24). Flume (Der bedingte Rechtsakt, o.m. p. 122-124, 129, 130, 145 en 146) betreft de voorwaarde op de stipulatie als ‘Rechtsakt’ en niet op haar rechtsgevolgen; de verbintenis ontstaat pas op het moment dat de stipulatie voltooid (*perfect*) wordt, dat wil zeggen op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Flume beroept zich hiervoor op een Digestenfragment van Paulus (D. 18,6,8 pr) waarin een ‘voorwaardelijke koopovereenkomst’ gelijk wordt gesteld aan een koopovereenkomst waarin nog geen prijs of object is bepaald; in al deze gevallen ontbreekt een *emptio perfecta* (p. 129). Zie voor de opvatting van Flume ook diens betoog in TvR 14 (1936), i.h.b. p. 36 e.v. Windscheid/Kipp (§ 89, p. 467, voetnoot 13a) vermijdt de benaming ‘voorwaardelijk vorderingsrecht’ omdat zij misleidend is; de vordering bestaat nog niet. Wel zou met de rechtshandeling waarin de voorwaarde is opgenomen, de grondslag voor de rechtsverhouding gelegd zijn (zie ook § 235, p. 1187, voetnoot 3). Ook Dernburg/Sokolowski (§ 97, p. 193) is van mening dat – hangende de voorwaarde – het betreffende recht nog niet bestaat en verwijst daarvoor naar D. 20,1,13,5 (hierna weergegeven); D. 50,16,213 en Inst. 3,15,4 (hierna weergegeven).

²⁰ Zie bijvoorbeeld D. 50,16,54.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

de ‘voorwaardelijke schuldenaar’ die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, zijn prestatie ‘als onverschuldigd betaald’ kan terugvorderen (zolang de voorwaarde niet is ingetreden):

‘Voor de rechtsgrond ‘onverschuldigde betaling’ volstaat het dat onzeker is of de verdediging op basis van een exceptie tijdelijk of permanent is. Als iemand de afspraak maakt dat hij niet wordt aangesproken totdat Titius consul wordt, kan op zeer goede grond worden gesteld dat hetgeen intussen betaald is teruggevorderd kan worden, omdat de exceptie die tijdelijk is ingeval Titius zijn consulaat aanvaardt, permanent kan worden ingeval Titius overlijdt: (...).’ (D. 12,6,56)²¹

Uit dit Digestenfragment kan worden afgeleid dat de rechtshandeling waaraan een opschortende voorwaarde is toegevoegd, vooralsnog geen verbintenis doet ontstaan. Partijen beogen het ontstaan van de verbintenis uit te stellen totdat de voorwaarde intreedt (in casu: het moment waarop Titius consul wordt). In de tussentijd bestaat er geen schuld of daarmee corresponderend vorderingsrecht. De ‘voorwaardelijke schuldenaar’ die in de onjuiste veronderstelling verkeert dat de schuld *onvoorwaardelijk* van karakter is en om die reden betaalt, kan met de *condictio indebiti* de betaling terugvorderen.²² De omstandigheid dat er hangende de opschortende voorwaarde nog geen schuld bestaat, heeft ook consequenties voor een eventueel zekerheidsrecht dat partijen (reeds) hebben willen vestigen:

‘Als de hypotheek is aangegaan ter zake van een schuld onder voorwaarde, moet men concluderen dat er vóór de vervulling van de voorwaarde niet rechtsgeldig geprocedeerd kan worden (*met de ‘actio Serviana’*), omdat in de tussentijd niets verschuldigd is: (...).’ (D. 20,1,13,5)²³ (gecursiveerde tekst toegevoegd)

Hoewel er vooralsnog geen verbintenis tussen partijen bestaat, zijn er aan de tussen hen bestaande contractuele relatie (niet-obligatoire) rechtsgevolgen verbonden, zogenaamde ‘voorlopige werkingen.’²⁴ Zo is deze rechtsbetrekking tussen partijen reeds vatbaar voor

²¹ Sufficit ad causam indebiti incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicitur, quod interim solvitur, repeti: (...). Zie ook D.12,6,16 pr; D. 12,6,18 en D. 12,6,48.

²² Voor de Romeinse *condictio indebiti* gold als vereiste dat de schuldenaar in dwaling verkeerde omtrent de betalingsverplichting. Zie D. 12,6,1,1; D. 50,17,53.

²³ Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: (...).

²⁴ Zowel in de 19^e eeuwse Duitse Pandektistiek als in de moderne Romeinsrechtelijke literatuur hebben deze ‘voorlopige werkingen’ geleid tot een levendige discussie ten aanzien van het al dan niet reeds bestaan van de ‘voorwaardelijke verbintenis.’ Zie (ook voor verdere literatuurverwijzingen): Windscheid/Kipp § 89, m.n. p. 467, voetnoot 13a; Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 255, onder 4; W. Flume, *Der bedingte Rechtsakt*, p. 120-170. Zie over wat men later het ‘Anwartschaftsrecht’ van de ‘voorwaardelijke crediteur’ is gaan

een *novatio* (schuldvernieuwing) of *acceptilatio* (kwijtschelding).²⁵ Daarnaast kan ook de *Lex Aelia Sentia* reeds van toepassing zijn.²⁶ Deze wet verklaarde vrijlatingen van slaven nietig wanneer daardoor benadeling van crediteuren ontstond. Ook de verplichting van de ‘voorwaardelijke schuldenaar’ om zich – op straffe van het in vervulling gaan van de voorwaarde – te onthouden van gedragingen die het in vervulling gaan van de voorwaarde zouden verhinderen, kan op de tussen partijen gesloten overeenkomst worden teruggevoerd.²⁷ Ten slotte is de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking overerfbaar. Zo gaan de rechtsposities van de partijen bij een stipulatie waaraan een opschortende voorwaarde is verbonden, onder algemene titel over op hun erfgenamen. Het feit dat de aan een opschortende voorwaarde onderhevige aanspraak uit een *legaat* daarentegen *niet* overerfbaar is, spreekt op grond van het bovenstaande voor zich: er bestaat voorafgaande aan het in vervulling gaan van de voorwaarde géén rechtsverhouding tussen de erfgenaam en de ‘voorwaardelijke legataris.’ Een legaat vloeit immers (als onderdeel van een testament) voort uit een *eenzijdige* rechtshandeling. Nu er dus aan de ‘voorwaardelijke legataris’ zélf nog geen enkele rechtspositie – ook niet uit contract – toekomt, is er niets dat kan overgaan op zijn opvolgers onder algemene titel.²⁸ Dit verschil tussen een stipulatie en een legaat wordt geïllustreerd door een tekst van Ulpianus (D. 44,7,42 pr):

‘Degene aan wie onder voorwaarde gelegateerd is, is hangende de voorwaarde nog geen schuldeiser, maar pas vanaf het moment dat de voorwaarde in vervulling is gegaan, ook al neemt men aan dat degene die onder voorwaarde bij stipulatie iets heeft bedongen, ook hangende de voorwaarde al schuldeiser is.’²⁹

Volgens deze tekst mag de ‘voorwaardelijke stipulator’ al wel als crediteur worden aangemerkt in tegenstelling tot de ‘voorwaardelijke legataris.’ Dit kan worden gerechtvaardigd door de contractuele rechtsverhouding die onmiddellijk ontstaat uit de

noemen ook: Dernburg/Sokolowski, § 97, p. 194 en 195. Deze discussie heeft zich voortgezet onder het oude BW (zie hierna).

²⁵ Vgl. D. 46,2,14,1; D. 46,3,16 (Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 256).

²⁶ Vgl. D. 40,9,8 pr.

²⁷ Zie D. 50,17,161 en (nagenoeg gelijklopend) D. 35,1,24.

²⁸ In min of meer gelijke zin: Flume, *Der bedingte Rechtsakt*, p. 144-146 en (dezelfde auteur) in: *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, TvR 14 (1936), p. 60-62. Zie over de (omstreden) problematiek inzake de niet-overerfbaarheid van ‘voorwaardelijke rechtsverhoudingen’ *mortis causa* in tegenstelling tot de overerfbaarheid van ‘voorwaardelijke rechtsverhoudingen’ *inter vivos* ook: A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, p. 19-71 (gerecenseerd door G. Wesener (ZSS 84 (1967), p. 466 e.v.) en H. Hausmaninger (TvR 36 (1968), p. 571 e.v.)); Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 256 (voetnoot 36). Overigens was een ‘voorwaardelijk damnatielegaat’ wel *passief* overerfbaar (Flume, TvR 14 (1936), p. 83 en 84).

²⁹ Is, cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, cum exstiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

stipulatie waarin de voorwaarde is opgenomen, en die ontbreekt in het geval van het aan een opschortende voorwaarde onderhevige legaat.

Bij wijze van samenvatting volgt nu een tekst uit de Instituten van Justinianus (Inst. 3,15,2 en 3,15,4). Deze tekst geeft op heldere wijze weer wat de verschillen zijn tussen een ‘zuivere’ stipulatie, een stipulatie waarin een opschortende tijdsbepaling is opgenomen en een stipulatie die een opschortende voorwaarde bevat.

‘Elke stipulatie wordt of ‘zuiver’ afgelegd of onder tijdsbepaling dan wel onder voorwaarde. Zo is de volgende stipulatie ‘zuiver’: ‘Beloofst u vijf goudstukken te geven?’ en zij is onmiddellijk opeisbaar. Een stipulatie is aan een tijdsbepaling onderhevig, wanneer een dag is toegevoegd waarop het geld betaald moet worden: bijvoorbeeld: ‘Beloofst u tien goudstukken te geven op de eerste van maart?’ Datgene wat wij onder tijdsbepaling stipuleren, is onmiddellijk verschuldigd, maar kan niet worden opgeëist voordat het tijdstip is aangebroken: (...)’

Aan een stipulatie wordt een voorwaarde gekoppeld, wanneer de verbintenis tot het plaatsvinden van een bepaald voorval wordt uitgesteld, zodat de stipulatie haar rechtsgevolg verkrijgt als iets zal zijn gebeurd of niet zal zijn gebeurd, bijvoorbeeld ‘Beloof jij mij vijf goudstukken te geven als Titius consul zal zijn geworden?’ Als iemand het volgende bedingt: ‘Beloof je het mij te geven als ik het Capitool niet bestijg?’ dan zal het zo zijn alsof hij bedongen had dat het hem gegeven zou worden wanneer hij sterft.³⁰ Uit een voorwaardelijke stipulatie ontstaat slechts een verwachting dat er een schuld zal ontstaan, en deze verwachting dragen wij over op onze erfgenamen, als, voordat de voorwaarde in vervulling gaat, de dood ons overvalt.’³¹

Uit de laatste zin van dit fragment blijkt nogmaals dat de stipulatie waarin een opschortende voorwaarde is opgenomen, gezien moet worden als een (rechts)feit waaruit onmiddellijk een (overerfbare) contractuele relatie voortvloeit. In deze relatie is de verwachting ingebed dat de verbintenis zal ontstaan.

³⁰ Immers, pas op het moment dat de *stipulator* sterft, kan definitief worden vastgesteld dat hij het Capitool niet heeft bestegen.

³¹ Inst. 3,15,2: *Omnis stipulatio aut pure aut in diem aut sub condicione fit. pure veluti ‘quinque aureos dare spondes?’ idque confestim peti potest. in diem, cum adiecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit: veluti ‘decem aureos primis kalendis Martiis dare spondes?’ id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat non potest: (...)’*

Inst. 3,15,4: *Sub condicione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti ‘si Titius consul factus fuerit, quinque aureos dare spondes?’ si quis ita stipuletur si in capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset cum morietur dari sibi. ex condicionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus, si, priusquam condicio existat, mors nobis contigerit.*

Oud BW: het ontstaan van de verbintenis is opgeschort

In navolging van de Franse Code civil – en overeenkomstig het Romeinse recht – bepaalde art. 1289 oud BW dat een opschortende voorwaarde de verbintenis zélf opschortte. Volgens de wetgever van het oude BW stond de verbintenis onder opschortende voorwaarde dus gelijk aan een (nog) niet bestaande verbintenis.³² Art. 1289 oud BW luidde als volgt:

‘Eene verbindtenis is voorwaardelijk, wanneer men dezelve doet afhangen van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis, *het zij door de verbindtenis op te schorten, tot zoodanige gebeurtenis plaats hebbe*, het zij door de verbindtenis te doen vervallen, naar mate de gebeurtenis al of niet voorvalt.’ (cursivering toegevoegd)³³

Volledig in overeenstemming met de regel dat een opschortende voorwaarde het ontstaan van de verbintenis zélf opschortte, kon een betaling die plaatsvond hangende de voorwaarde, met een actie uit onverschuldigde betaling worden teruggevorderd.³⁴

Hoewel art. 1289 oud BW niets aan duidelijkheid te wensen overlaat, was het rechtskarakter van de verbintenis onder opschortende voorwaarde in de rechtsgeleerde literatuur onder het oude BW omstreden.³⁵ Men vond de ‘voorlopige werkingen’ gedurende de periode van onzekerheid, moeilijk verenigbaar met de omstandigheid dat de verbintenis zélf nog niet bestond. In het algemeen rechtvaardigde men deze ‘voorlopige werkingen’ echter met de terugwerkende kracht waarmee het in vervulling gaan van een opschortende voorwaarde gepaard ging (vergelijk art. 1297 lid 1 oud BW).³⁶ Als gevolg van de constructie van de terugwerkende kracht moeten immers ‘de gevolgen van zekere handelingen en gebeurtenissen, welke hebben plaats gehad vóór de vervulling der voorwaarde, later, ná haar vervulling, worden beoordeeld alsof de verbintenis reeds van de aanvang af (onvoorwaardelijk) aanwezig ware geweest.’³⁷ Toch is het een misvatting dat de ‘voorlopige werkingen’ verklaard zouden moeten worden door de terugwerkende kracht waarmee de verbintenis tot stand komt. De ‘voorlopige werkingen’ vloeien immers niet voort uit de (uiteindelijk tot stand gekomen) *verbintenis* maar moeten worden teruggevoerd op de *contractuele rechtsverhouding* die onmiddellijk is ontstaan met het sluiten van de overeenkomst waarin de opschortende voorwaarde is opgenomen. Deze

³² Vgl. ook art. 1299 oud BW.

³³ Vgl. art. 1168 Code civil: ‘L’obligation est conditionnelle lorsqu’on la fait dépendre d’un événement futur et incertain, *soit en la suspendant jusqu’à ce que l’événement arrive, soit en la résiliant, selon que l’événement arrivera ou n’arrivera pas.*’ (cursivering toegevoegd)

³⁴ Asser-Rutten III (1983), p. 25; Asser-Rutten I (1981), p. 141. De onverschuldigde betaling was geregeld in art. 1395 oud BW.

³⁵ Zie Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 158 en (ook voor verdere literatuurverwijzingen) Asser-Rutten I (1981), p. 140 e.v.

³⁶ Aldus bijvoorbeeld Asser-Rutten I (1981), p. 142 en 143.

³⁷ Asser-Rutten I (1981), p. 143.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

gedachte vindt men bij Opzoomer.³⁸ Allereerst duidt Opzoomer de rechtstoestand gedurende de periode dat de opschortende voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan, als volgt³⁹:

‘Wanneer er tusschen twee personen een overeenkomst wordt gesloten, waardoor zij een voorwaardelijke verbintenis vormen, m.a.w. een verbintenis, van een voorwaarde, van het al of niet voorvallen eener toekomstige en onzekere gebeurtenis, afhankelijk, dan wordt er reeds terstond een rechtsbetrekking tusschen hen geboren. (...) Er is een rechtsband, een aan elkaar gebonden, een verbonden zijn. De verbintenis, die van de voorwaarde afhangt, wordt tot lateren tijd, tot dien harer vervulling, verschoven, uitgesteld; differtur obligatio, zooals het in de Instituten heet;’⁴⁰

Het bestaan van deze rechtsband verklaart volgens Opzoomer de regel dat de (voorwaardelijke) schuldeiser alle middelen in het werk kan stellen welke tot bewaring van zijn recht noodzakelijk zijn (art. 1298 oud BW).⁴¹ Daarnaast vloeit ook de overerfbaarheid van het (voorwaardelijke) recht uit deze rechtsband voort; anders dan de wet doet vermoeden (art. 1297 lid 2 oud BW), heeft dit met de terugwerkende kracht van het in vervulling gaan van de voorwaarde niets te maken.⁴² Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de schuldenaar hangende de voorwaarde instaat voor *dolus* en *culpa*:

‘ (...) dit is volstrekt geen gevolg van een terugwerking der vervulde voorwaarde; het is alweer daarvan alleen een gevolg, dat er pendente condicione toch reeds een gebonden zijn bestaat.’⁴³

Ook de verplichting van de schuldenaar, neergelegd in art. 1296 oud BW, om zich op straffe van het in vervulling gaan van de voorwaarde, te onthouden van gedragingen die het in vervulling gaan van de voorwaarde zouden verhinderen, lijkt op de door Opzoomer aangenomen ‘rechtsband’ te kunnen worden teruggevoerd.

³⁸ C.W. Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, Deel V, art. 1269-1348, 2^e dr., Den Haag 1891, p. 146 e.v.

³⁹ Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, p. 146 en 147.

⁴⁰ Opzoomer verwijst hier naar Inst. 3,15,4. Daarnaast ziet hij een bewijs voor het reeds bestaan van deze rechtsband in D. 45,3,26 (p. 146, voetnoot 1). Beide teksten zijn hierboven besproken.

⁴¹ Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, p. 148 en 149.

⁴² Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, p. 149 en 150.

⁴³ Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, p. 150, voetnoot 3. Vergelijk ook de opmerking van J.E. Goudsmit (Pandecten-systeem, deel I, Leiden 1866, § 61, p. 138, voetnoot 1): ‘Men zou, in één woord, kunnen zeggen: degeen die voorwaardelijk verplicht is, moge nog niet zijn *verbonden*, hij is reeds *gebonden* en voor den voorwaardelijk gerechtigde bestaat wel is waar slechts een hoop, doch die hoop is niet op een zandgrond gebouwd, maar berust veeleer op een rechtstitel.’

OUT

De onjuiste gedachte dat de ‘voorlopige werkingen’ die bestaan hangende de opschortende voorwaarde, verbonden zijn aan het (uiteindelijke) bestaan van de *verbintenis*, herkent men ook in de regeling van het huidige BW.

Huidig BW: de werking van de verbintenis is opgeschort

Ook het huidige BW kent een vordering uit onverschuldigde betaling toe aan de schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde waaraan zijn schuld onderhevig is. Zie art. 6:25 BW:

‘Is een krachtens een verbintenis onder opschortende voorwaarde verschuldigde prestatie vóór de vervulling van de voorwaarde verricht, dan kan overeenkomstig afdeling 2 van titel 4 ongedaanmaking van de prestatie worden gevorderd, zolang de voorwaarde niet in vervulling is gegaan.’

Het zou consequent zijn geweest wanneer het huidige BW – in navolging van het Romeinse recht en het oude BW – de mogelijkheid tot het instellen van een actie uit onverschuldigde betaling beschouwde als uitvloeisel van het feit dat een voorwaardelijke schuld een (nog) niet bestaande schuld is. Toch wordt de verbintenis onder opschortende voorwaarde tegenwoordig als een *bestaande* verbintenis aangemerkt. De verbintenis komt onmiddellijk tot stand op het tijdstip waarop de rechtshandeling waarin de voorwaarde is opgenomen, wordt verricht. Niet het *ontstaan* van de verbintenis is uitgesteld, maar de *werking* van de verbintenis. Vanwege deze ontbrekende werking kan de schuldeiser vooralsnog geen nakoming vorderen en heeft de schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, op zijn beurt een vordering uit onverschuldigde betaling, zo is de gedachte.⁴⁴ Niet alleen de wet maakt duidelijk dat een voorwaardelijke verbintenis een bestaande verbintenis is (die nog geen werking heeft (zie art. 6:21 en 6:22 BW)),⁴⁵ ook de Hoge Raad beschouwt de vordering onder opschortende voorwaarde als een bestaande vordering. Dit blijkt uit een aantal arresten (die overigens reeds zijn gewezen onder het oude recht). Zo wordt in het *Visserijfondsarrest* gesproken over: ‘Een toekomstige vordering – die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen – (...)’.⁴⁶ Nagenoeg dezelfde bewoordingen gebruikt de Hoge Raad in het arrest *WUH/Emmerig q.q.* waar hij spreekt over ‘(...) terstond bij het sluiten van een overeenkomst reeds hun bestaan aanvangende vorderingen onder opschortende

⁴⁴ Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 7^e dr., Deventer 1999, no. 306.

⁴⁵ In de parlementaire geschiedenis wordt voorop gesteld dat een voorwaardelijke verbintenis van de aanvang af als een *verbintenis* moet worden beschouwd (Parl. Gesch. boek 6, p. 144 en 153).

⁴⁶ Zie HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK, r.o. 1.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

voorwaarde of tijdsbepaling of tot terstond vaststaande periodieke betalingen.’⁴⁷ Inmiddels bestaat er ook in de literatuur nagenoeg geen twijfel meer omtrent het antwoord op de vraag of een voorwaardelijke verbintenis als een bestaande verbintenis moet worden beschouwd.⁴⁸

De vraag rijst hoe art. 6:25 BW, op grond waarvan de betaald hebbende voorwaardelijke schuldenaar een actie uit onverschuldigde betaling heeft, kan worden ‘ingepast’ in de opvatting dat een vordering onder opschortende voorwaarde een *bestaande* vordering is. Een onverschuldigde betaling is immers – het zij nogmaals benadrukt – een betaling waar in beginsel juist géén verbintenis aan ten grondslag ligt. Voor het antwoord op deze vraag kan worden aangesloten bij de slotwoorden van art. 6:26 BW. Art. 6:26 BW luidt als volgt:

‘Op voorwaardelijke verbintenissen zijn de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing, voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet.’

Dit artikel stelt voorop dat voorwaardelijke verbintenissen aan dezelfde regels onderworpen zijn als onvoorwaardelijke verbintenissen. De wet geeft hiervan een aantal toepassingen.⁴⁹ Zo maakt art. 3:296 lid 2 BW het mogelijk om een schuldenaar onder dezelfde voorwaarde te veroordelen als die waaraan zijn schuld onderhevig is. Voorts bepalen art. 130 Fw en de artt. 483a en 483b Rv dat wanneer de voorwaardelijke schuldenaar failliet gaat, de voorwaardelijke vordering ter verificatie kan worden ingediend en kan worden opgenomen in een rangregeling. Tot slot is ook derdenbeslag op een voorwaardelijke vordering mogelijk, aldus blijkt uit art. 476a lid 2 onder *b* en art. 477 lid 3 Rv. Naast deze bijzondere wettelijke bepalingen die de voorwaardelijke verbintenis op (grotendeels) gelijke wijze behandelen als de onvoorwaardelijke verbintenis, vloeit uit het begin van art. 6:26 BW ook voort dat de algemene bepalingen betreffende de overgang van vorderingen en schulden en de afstand van vorderingen (titel 6.2) op de voorwaardelijke verbintenis van toepassing zijn. Bovendien is art. 6:2 BW tussen de voorwaardelijke schuldenaar en de voorwaardelijke schuldeiser van kracht: zij moeten

⁴⁷ HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G, r.o. 3. Zie ook HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200, m.nt. WMK (*Staal Bankiers/Ambags q.q.*), waarin de bestaande, voorwaardelijke vordering uitdrukkelijk tegenover de (nog niet bestaande) toekomstige vordering wordt geplaatst. Op beide arresten kom ik later terug.

⁴⁸ Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 236; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 323. Minder eenduidig is Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 431. Volgens Snijders kan een vordering onder opschortende voorwaarde zowel een bestaande als een nog niet bestaande – want toekomstige – vordering zijn.

⁴⁹ Zie voor één en ander: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 158.

zich jegens elkaar gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁵⁰ Daarnaast zijn voorwaardelijke verbintenissen overerfbaar⁵¹ en kan een voorwaardelijke schuldeiser in beginsel een beroep doen op de *Pauliana* (art. 3:45 BW).⁵² Het zal de lezer zijn opgevallen dat de hierboven als ‘voorlopige werkingen’ aangeduide rechtsgevolgen die bestaan hangende de opschortende voorwaarde, aldus hun grondslag vinden in het feit dat art. 6:26 BW de voorwaardelijke verbintenis (grotendeels) gelijk stelt aan de *onvoorwaardelijke* verbintenis.⁵³ Volgens de slotwoorden van art. 6:26 BW is er echter geen plaats voor een gelijkstelling indien dit in strijd zou komen met het voorwaardelijke karakter van de betrokken verbintenis. Nu beschouwt men art. 6:25 BW, dat de betaald hebbende voorwaardelijke schuldenaar een vordering uit onverschuldigde betaling geeft, wel als een toepassing van deze slotwoorden van art. 6:26 BW. Dit betekent dat de betaald hebbende *voorwaardelijke* schuldenaar anders moet worden behandeld dan de betaald hebbende *onvoorwaardelijke* schuldenaar: beiden voldeden weliswaar – in de visie van de wetgever van het huidige BW – aan een bestaande verbintenis, maar het voorwaardelijke karakter van de eerstgenoemde verbintenis rechtvaardigt dat (alleen) aan de betaald hebbende *voorwaardelijke* schuldenaar een actie uit onverschuldigde betaling wordt verleend. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt, luidt dat het onzeker is of het recht op nakoming van de schuldeiser ooit zal ontstaan.⁵⁴ De conclusie luidt dat de vordering uit onverschuldigde betaling die ook tegenwoordig nog wordt toegekend aan de schuldenaar die heeft betaald hangende de opschortende voorwaarde, strikt genomen niet haar grondslag vindt in de omstandigheid dat de schuldenaar ‘zonder rechtsgrond’ heeft betaald; de schuldenaar voldeed immers aan een *bestaande* verbintenis. Toch wordt de regeling van de onverschuldigde betaling op analoge wijze toegepast. De rechtvaardiging hiervoor ligt in de ontbrekende *werking* van de voorwaardelijke verbintenis. Deze

⁵⁰ Zie over de toepasselijkheid van deze algemene regels op de voorwaardelijke verbintenis: Parl. Gesch. boek 6, p. 144.

⁵¹ Parl. Gesch. boek 6, p. 146.

⁵² Zie hierover nog recentelijk HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS. De voorwaardelijke schuldeiser zal bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar aannemelijk moeten maken dat een voldoende concrete kans bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld en de vordering opeisbaar wordt en dat in dat geval het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling (r.o. 3.4). Zie over één en ander ook de annotatie van Van Hees in JOR 2002/111.

⁵³ Het geval dat de schuldenaar (dan wel de schuldeiser) het in vervulling gaan van de voorwaarde verhindert (dan wel teweegbrengt), wordt geregeld in art. 6:23 BW.

⁵⁴ Zie Asser-Hartkamp 4-I (2000), nos. 158 en 180. Overigens is art. 6:25 BW van regelend recht; partijen kunnen dus (al dan niet stilzwijgend) afspreken dat een betaling die plaatsvindt vóór het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde pas met een actie uit onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd als vast is komen te staan dat de voorwaarde niet meer in vervulling zal gaan. Zie Parl. Gesch. boek 6, p. 152 en voor een (terechte) kritische opmerking naar aanleiding van die passage: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 180.

ontbrekende werking impliceert dat de voorwaardelijke verbintenis – althans op dit punt – niet aan dezelfde regels is onderworpen als de onvoorwaardelijke verbintenis.

De constructie van het huidige BW berust op dezelfde misvatting die een aantal auteurs onder het oude BW ertoe bracht de ‘voorlopige werkingen’ hangende de opschortende voorwaarde op vergelijkbare wijze te verklaren. Deze misvatting houdt in dat de ‘voorlopige werkingen’ op enigerlei wijze een gevolg zouden zijn van de *verbintenis* die uit de rechtshandeling voortvloeit. Zo lijkt de regel uit het huidige BW, inhoudende dat het verrichten van een rechtshandeling waaraan een opschortende voorwaarde is verbonden de verbintenis zélf onmiddellijk tot stand doet komen (zij het met opgeschorte werking), te zijn opgenomen ‘ter compensatie’ van de afschaffing van de terugwerkende kracht waarmee het in vervulling gaan van een voorwaarde onder het oude BW gepaard ging.⁵⁵ Deze zienswijze waarin de ‘voorlopige werkingen’ verbonden zouden zijn aan de (uiteindelijke) verbintenis, lijkt mij echter onjuist in de gevallen waarin deze werkingen verklaard kunnen (en *moeten*) worden met behulp van de tussen partijen bestaande contractuele rechtsverhouding. Niet de uiteindelijke *verbintenis* genereert namelijk ‘voorlopige werkingen’, maar de tussen partijen bestaande *contractuele rechtsverhouding*. De ‘voorlopige werkingen’ zijn niets meer en niets minder dan de niet-obligatoire rechtsgevolgen van de tussen partijen gesloten overeenkomst.

Overigens betreft het hier een kwestie van meer theoretisch dan praktisch belang.⁵⁶ Omtrent het bestaan van de ‘voorlopige werkingen’ gedurende de periode van onzekerheid bestond (en bestaat) namelijk weinig verschil van mening. Of men nu betoogt dat de verbintenis hangende de opschortende voorwaarde nog niet tot stand is gekomen, dan wel aanneemt dat zij reeds met opgeschorte werking bestaat, voor de rechtstoestand gedurende de periode van onzekerheid heeft één en ander geen consequenties. Toch lijkt de zienswijze van het Romeinse recht en die van het oude BW, zoals uitgelegd door Opzoomer, mij op de uiteengezette gronden de juiste te zijn.⁵⁷ Daar komt bij dat het onderscheid dat volgens het huidige BW moet worden gemaakt tussen enerzijds de verbintenis en anderzijds haar werking, geforceerd overkomt. Net zo min als een verbintenis ‘voorlopig’ kan werken, kan zij een ‘opgeschorte’ (of: ‘uitgestelde’) werking hebben. Een tussen partijen *bestaande* verbintenis, *werkt*. Een verbintenis *werkt niet*, wanneer zij *niet bestaat*. Het aannemen van tussenvormen leidt slechts tot gekunstelde resultaten en moet worden vermeden waar dat mogelijk is. Welnu, aangenomen dat de

⁵⁵ De regel dat het in vervulling gaan van een voorwaarde geen terugwerkende kracht (meer) heeft, is neergelegd in art. 3:38 lid 2 BW. Zie in het algemeen over de afschaffing van de terugwerkende kracht in het huidige BW: A.S. Hartkamp, Terugwerkende kracht, WPNR 6030 (1991), p. 868-873.

⁵⁶ In gelijke zin: Asser-Rutten I (1981), p. 141; Opzoomer, Het burgerlijk Wetboek verklaard, p. 147 (voetnoot 2).

⁵⁷ Aan de zienswijze van het huidige BW werd daarentegen door Asser-Rutten I (1981) (p. 142 en 143) de voorkeur gegeven.

‘voorlopige werkingen’ kunnen en moeten worden teruggevoerd op de tussen partijen bestaande contractuele rechtsverhouding, bestaat er allerminst een noodzaak een ‘verbintenis met opgeschorte werking’ te construeren. Het feit dat enerzijds de voorwaardelijke schuldeiser vooralsnog geen nakoming kan afdwingen en anderzijds de voorwaardelijke schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, een actie uit onverschuldigde betaling heeft, kan op veel zuiverder wijze worden gerechtvaardigd door – net zoals het Romeinse recht en het oude BW dat deden – de voorwaardelijke verbintenis te beschouwen als een nog niet bestaande verbintenis.

Tot slot

Gaat de opschortende voorwaarde binnen de afgesproken periode niet in vervulling, of komt, wanneer geen periode is afgesproken, vast te staan dat de gebeurtenis niet meer plaats kan vinden, dan blijft in de Romeinsrechtelijke zienswijze de contractuele rechtsverhouding definitief zonder obligatoir rechtsgevolg: de verbintenis zal niet tot stand komen.⁵⁸ In de visie van het huidige BW vervalt de (reeds tot stand gekomen) verbintenis.⁵⁹ Uiteraard behoudt de betaald hebbende schuldenaar de mogelijkheid een vordering uit onverschuldigde betaling in te stellen.⁶⁰

Net zoals de tijdsbepaling kent ook de voorwaarde een opschortende en een ontbindende variant. Volgens art. 6:22 BW doet een ontbindende voorwaarde de verbintenis met het plaatsvinden der gebeurtenis vervallen.⁶¹ Hier is de ontbindende voorwaarde buiten beschouwing gebleven om een vergelijkbare reden als hierboven is vermeld omtrent de ontbindende tijdsbepaling. Bovendien moet worden opgemerkt dat de Romeinen in het algemeen bij de *condicio* slechts de opschortende voorwaarde voor ogen hadden.⁶²

Toekomstige vordering

Een toekomstige vordering is per definitie een (nog) niet bestaande vordering. Het predikaat ‘toekomstig’ impliceert immers dat de verbintenis nog niet tot stand is gekomen. Het behoeft dan ook geen betoog dat een betaling van een nog toekomstige schuld met een actie uit onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd. Wanneer spreekt men echter van een *toekomstige* vordering? Waarin verschilt een toekomstige vordering van

⁵⁸ Vgl. D. 18,1,37.

⁵⁹ Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 172.

⁶⁰ Asser-Hartkamp 4-III (2002), no. 328.

⁶¹ Zie over het onderscheid tussen de opschortende en de ontbindende voorwaarde: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 156.

⁶² Een ontbindende voorwaarde kan worden herkend in het vervalbeding (*lex commissoria*) en het beding van een beter bod (*in diem addictio*). Zie over (het grotendeels ontbreken van) de ontbindende voorwaarde in het Romeinse recht: Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 253 en Windscheid/ Kipp, § 90, p. 472. Volgens Flume (*Der bedingte Rechtsakt*, p. 123 en p. 147 e.v.) kwam de ontbindende voorwaarde in het geheel niet voor in het Romeinse recht.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

een vordering onder opschortende voorwaarde? Voordat op deze vragen wordt ingegaan, is het van belang om het probleem van de toekomstigheid van verbintenissen in zijn juiste context te plaatsen. Daarom worden er allereerst enkele opmerkingen gemaakt over de overdracht van toekomstige goederen naar modern Nederlands recht en naar Romeins recht. Een confrontatie tussen de beide rechtsstelsels zal duidelijk maken waarom de Romeinse bronnen weinig aanknopingspunten bevatten met betrekking tot (de kenmerken van) de toekomstige vordering.

Overdracht van toekomstige goederen naar modern recht

Het moderne Nederlandse recht trekt het leerstuk van de toekomstigheid van goederen (waaronder vorderingen) in de *goederenrechtelijke* sfeer van de overdracht en van de vestiging van beperkte rechten. Een toekomstig goed is een goed waarvan de vervreemder nog geen rechthebbende is, anders gezegd, een goed waarover hij nog niet beschikkingsbevoegd⁶³ is.

Men pleegt een onderscheid te maken tussen *absoluut* (of: objectief) toekomstige goederen en *relatief* (of: subjectief) toekomstige goederen. Met een absoluut toekomstig goed doelt men op een goed dat in het geheel nog niet bestaat; een relatief toekomstig goed daarentegen bestaat al wel, maar bevindt zich nog niet in het vermogen van de vervreemder. De relatief toekomstige goederen blijven in mijn betoog buiten beschouwing. Overigens is het genoemde onderscheid vanuit *goederenrechtelijk* perspectief irrelevant: zowel ten aanzien van *absoluut* als *relatief* toekomstige goederen is de vervreemder beschikkingsbevoegd.

Toekomstige *vorderingen* kan men onderscheiden in dubbel toekomstige vorderingen en enkel toekomstige vorderingen. Dubbel toekomstig zijn de nog niet bestaande vorderingen die voortvloeien uit een eveneens nog niet bestaande rechtsverhouding, bijvoorbeeld de

⁶³ Zie voor één en ander: Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (2001), no. 62 en 420; Pitlo/Reehuis, *Heisterkamp, Goederenrecht* (2001), no. 20 en 307; Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 78 en 225. Doorgaans is de rechthebbende ook degene die beschikkingsbevoegd is over het betreffende goed. Een belangrijke uitzondering doet zich voor in het geval van faillissement: de failliet is een beschikkingsbevoegde rechthebbende (art. 23 Fw). Van Swaaij heeft een afwijkende opvatting over het begrip 'beschikkingsbevoegdheid'. Hij betoogt dat men bevoegd is om over de toekomstige bestanddelen van zijn vermogen te beschikken. Een dergelijke beschikking over een toekomstig goed is een *species* van wat hij noemt een 'beschikking met temporele scheiding', waarbij de levering en de rechtsovergang in tijd van elkaar gescheiden zouden zijn. Bij deze beschikking met temporele scheiding krijgen de vereisten van art. 3:84 (waaronder dat van de beschikkingsbevoegdheid) een temporele dimensie. Volgens Van Swaaij zijn toekomstige goederen dus goederen die nog niet aan de vervreemder toebehoren maar waaromtrent hij al wel beschikkingsbevoegd is. Zie J.H.M. van Swaaij, *Beschikken en rechtsovergang, De temporele dimensie van de overdracht: levering van toekomstige goederen, levering onder eigendomsvoorbehoud en levering onder voorbehoud van eigendomsherkrijging*, diss. Groningen, Deventer 2000, m.n. p. 122-123 en p. 146-147. Zie kritisch over deze opvatting: Faber, *Beschikken in het heden met het oog op de toekomst*, BW-Krant, Jaarboek 16, p. 173-184.

huurtermijnen uit een nog te sluiten huurovereenkomst. Met enkel toekomstige vorderingen duidt men vorderingen aan die nog niet bestaan maar voortvloeien uit een al wel bestaande rechtsverhouding, bijvoorbeeld de vordering tot terugbetaling van een nog aan de kredietnemer ter beschikking te stellen bedrag uit hoofde van een reeds bestaande geldleningsovereenkomst. Een reeds verschuldigde vordering uit een reeds bestaande rechtsverhouding is een tegenwoordige vordering.⁶⁴

Toekomstige goederen kunnen niet worden overgedragen.⁶⁵ De vervreemder is immers – zoals gezegd – niet beschikkingsbevoegd over de goederen die hij hoopt in de toekomst in zijn vermogen te zullen krijgen. Wel is het dikwijls mogelijk om toekomstige goederen bij voorbaat te *leveren*. Een levering bij voorbaat bewerkstelligt dat het betreffende goed, nadat het tot stand is gekomen, *automatisch* overgaat op de verkrijger, dat wil zeggen zonder dat een nadere (leverings)handeling vereist is en zonder dat de vervreemder zich ertegen kan verzetten.⁶⁶ Hiervoor is wel vereist dat de vervreemder, die een ondeelbaar moment rechthebbende van het goed wordt, op datzelfde moment beschikkingsbevoegd is. De mogelijkheid om bij voorbaat te leveren is neergelegd in art. 3:97 BW. Een levering bij voorbaat van een toekomstig goed geschiedt overeenkomstig de eisen die gelden voor de levering van het goed als ware dit tegenwoordig, zij het ‘in afwachting van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.’⁶⁷ Het verdient te worden benadrukt dat de levering bij voorbaat *zélf onvoorwaardelijk* plaatsvindt. Het feitelijke karakter van de levering verzet zich er immers tegen dat zij onder voorwaarde wordt verricht. Het *rechtsgevolg* van de levering daarentegen is *w l* voorwaardelijk, in de zin dat de

⁶⁴ Zie Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 63 en 427. Het belang van het onderscheid tussen dubbel en enkel toekomstige vorderingen zou met name liggen in het feit dat dubbel toekomstige vorderingen op naam slechts vatbaar zijn voor een ‘cessie bij voorbaat’ en voor een ‘openbare verpanding bij voorbaat’ en niet ook – zoals de enkel toekomstige vorderingen – voor beslag en voor een ‘stille verpanding bij voorbaat’ (no. 428). De begrippen dubbel (of: volstrekt) toekomstige vorderingen en enkel (of: niet-volstrekt) toekomstige vorderingen hebben echter niet steeds dezelfde inhoud (zie voor een overzicht: Faber, Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde, in: Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, Deventer 1997, p. 196-200).

Overigens heb ik mijn reserves bij de functionaliteit van dit onderscheid, dat mij in goederenrechtelijke zin even irrelevant voorkomt als dat tussen absoluut en relatief toekomstige vorderingen (goederen). De verschillen in rechtsgevolg waarop men het oog heeft bij het maken van het onderscheid tussen dubbel en enkel toekomstige vorderingen, vloeien namelijk niet zozeer voort uit de reeds bestaande onderliggende rechtsbetrekking als wel uit het feit dat de schuldenaar reeds *gebonden* is ten opzichte van de toekomstige verbintenis. De mij ter beschikking staande ruimte verbiedt het mij op deze vaststelling in te gaan; ik hoop daarop elders uitvoerig terug te kunnen komen. In de tekst wordt overigens uitgegaan van de bestaande opvattingen hieromtrent.

⁶⁵ Het *bezwaren* van toekomstige goederen laat ik gemakshalve buiten beschouwing.

⁶⁶ Vgl. W.H.M. Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, Groninger Opmerkingen en Mededelingen VI (1989), p. 65, 66, 78; Faber, Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, p. 184.

⁶⁷ Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, p. 80.

overdracht is opgeschort tot het moment waarop de vervreemder het goed in zijn vermogen krijgt (en daarover beschikkingsbevoegd wordt).⁶⁸ Een toekomstige *vordering* wordt (bij voorbaat) geleverd overeenkomstig de eisen van art. 3:94 BW. De identiteit van de toekomstige schuldenaar zal hiervoor al bekend moeten zijn. De levering van een vordering vindt immers plaats door het opmaken van een akte van cessie én een mededeling van de cessie aan de debiteur.⁶⁹

Overigens is het niet altijd mogelijk om reeds aan het voor de overdracht van een goed vereiste leveringsvoorschrift te voldoen zolang dit goed nog toekomstig is. Zo doet zich in het kader van de overdracht van een vooralsnog toekomstige *roerende zaak* een probleem voor bij de vereiste bezitsverschaffing (art. 3:90 BW).⁷⁰ De vervreemder heeft immers de toekomstige zaak doorgaans (nog) niet in zijn feitelijke heerschappij. Daarom kan de vervreemder niet eerder leveren dan het moment waarop hij de zaak in zijn feitelijke macht heeft verkregen.⁷¹ Ook wanneer partijen in afwachting van de verwerving van het bezit door de vervreemder een tweezijdige verklaring afleggen, krachtens welke de vervreemder bij verwerving van de zaak, deze zal gaan houden voor de verkrijger (een zogenaamd *geanticipeerd constitutum possessorium* (vergelijk art. 3:115 sub a BW)), vindt de levering (de bezitsverschaffing) pas plaats op het tijdstip waarop de vervreemder de zaak in bezit heeft verkregen. Toch spreekt men ook in het geval van een geanticipeerd *constitutum possessorium* wel van een ‘levering bij voorbaat.’ Deze zegswijze is echter misleidend. Partijen kunnen de toekomstige roerende zaak immers niet bij voorbaat leveren; de levering wordt pas voltooid op het tijdstip dat de vervreemder het bezit van de zaak verwerft.⁷² Een geval waarin een levering bij voorbaat in het geheel niet mogelijk is,

⁶⁸ Vgl. Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, p. 68. Zie ook p. 66, voetnoot 18: ‘ (...) De levering bij voorbaat is gericht op een overdracht op het tijdstip dat het goed door de vervreemder wordt verworven. (...)’

⁶⁹ Overigens levert het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW in het kader van de cessie van toekomstige vorderingen geen bijzondere problemen op. Korteitshalve wordt verwezen naar: Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 319; Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 234.

⁷⁰ Dit probleem met betrekking tot de levering van een toekomstige roerende zaak wordt weggenomen wanneer men aanneemt dat deze bij voorbaat geleverd zou kunnen worden op grond van een daartoe bestemde akte (art. 3:95 BW). Aldus bijvoorbeeld: Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 314; Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, p. 68, voetnoot 24. Enigszins anders: Faber, Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, p. 192.

⁷¹ Anders Van Swaaij, die van mening is dat een toekomstige roerende zaak reeds (onvoorwaardelijk) geleverd kan worden op een tijdstip waarop de vervreemder het bezit van de zaak nog niet heeft (conform art. 3:97 j° 3:115 BW). In een dergelijk geval is de levering temporeel gescheiden van het moment waarop in verband met die levering de rechtsovergang plaatsvindt, aldus de auteur (Beschikken en rechtsovergang, p. 56, 57. Zie ook p. 83, 84, 112, 113). Dit brengt hem tot de wat merkwaardige constatering dat de *verschaffing* van het bezit enerzijds en de *interversie* van het bezit anderzijds in de tijd gescheiden kunnen zijn (p. 135).

⁷² Aldus ook: Reehuis, Cessie van toekomstige vorderingen naar huidig en komend recht, p. 67 en 68, voetnoten 23 en 24.

wordt gegeven door art. 3:97 lid 2 BW: toekomstige registergoederen kunnen niet bij voorbaat geleverd worden.⁷³

Overdracht van toekomstige goederen naar Romeins recht

De overdracht van toekomstige zaken werd in het Romeinse recht op nagenoeg dezelfde wijze benaderd als in het moderne recht. Ook het Romeinse recht stelde voor een rechtsgeldige eigendomsoverdracht de eis van beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Doorgaans berustte deze beschikkingsbevoegdheid bij de eigenaar.⁷⁴ De Romeinse juristen beschouwden de overdracht van toekomstige zaken als een overdracht onder de opschortende voorwaarde van eigendomsverkrijging (of: beschikkingsbevoegdheid).⁷⁵ Toekomstige zaken waren echter zelden het object van een dergelijke vervreemding.⁷⁶ Dit was het gevolg van het hierboven reeds ter sprake gekomen – feitelijke – beletsel dat samenhangt met de vereiste leveringshandeling: een vervreemder heeft zelden de feitelijke heerschappij over zaken die zich nog niet in zijn vermogen bevinden. Er kan dus nog geen bezitsverschaffing plaatsvinden (in het Romeinse recht: *traditio*).⁷⁷

Veel minder gecompliceerd lijkt daarentegen de overdracht van toekomstige *vorderingen* te zijn geweest:

‘Er is niet ten onrechte vastgesteld (...) dat een toekomstige vordering kan worden overgedragen.’ (CJ. 8,53(54),3)⁷⁸

Het feit dat de overdracht van een toekomstige vordering (in de hierboven weergegeven tekst aangeduid als een *spes futurae actionis*) weinig problemen heeft opgeleverd, hangt samen met de omstandigheid dat de Romeinen onbekend waren met een daadwerkelijke,

⁷³ Er bestaan in de literatuur verschillende opvattingen omtrent de dogmatische constructie van de overdracht van toekomstige goederen en de levering bij voorbaat. Korteitshalve wordt verwezen naar het overzicht van Faber, in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, p. 185 e.v. Faber zelf is van mening dat de levering bij voorbaat van toekomstige goederen als een levering onder opschortende voorwaarde dient te worden beschouwd (p. 188). Snijders daarentegen betoogt dat zowel de levering als de overdracht onder de opschortende voorwaarde van toebehoren geschiedt (Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (2001), no. 420, voetnoot 222).

⁷⁴ Gaius 2,62; D. 50,17,54. Zie over het leerstuk van de beschikkingsbevoegdheid in het Romeinse recht: G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, een romanistische studie, diss. Leiden, Deventer 1998, hoofdstuk I.

⁷⁵ Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 118 e.v.

⁷⁶ Potjewijd (Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie, p. 118 e.v.) bespreekt in dit kader D. 41,2,38,1.

⁷⁷ De *mancipatio* leende zich vanwege zijn formalistische karakter niet voor een voorwaardelijke overdracht. Vgl. D. 50,17,77 (Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 255 en § 109, p. 460, voetnoot 7).

⁷⁸ *Spem futurae actionis* (...) posse transferri non immerito placuit.

dat wil zeggen *goederenrechtelijke cessie*.⁷⁹ Het kenmerk van een (goederenrechtelijke) cessie is dat deze bewerkstelligt dat de gecedeerde vordering uit het vermogen van de vervreemder (cedent) in dat van de verkrijger (cessionaris) vloeit zonder dat de schuldenaar (debitor cessus) hierover enige zeggenschap heeft. Dit nu was onacceptabel voor de Romeinen, die de verbintenis beschouwden als een persoonsgebonden rechtsbetrekking tussen de schuldeiser en de schuldenaar.⁸⁰ Zij hebben de cessie daarom binnen de sfeer van het verbintenissenrecht gehouden.

Aanvankelijk kon een schuldeisersvervanging slechts plaatsvinden met medewerking van de schuldenaar. Hiertoe sloten de oude schuldeiser, de nieuwe schuldeiser en de schuldenaar een (driepartijen)overeenkomst van schuldvernieuwing (*novatio*).⁸¹ Onder invloed van de commerciële praktijk ontstond in latere tijd een meer praktische wijze van schuldeisersvervanging. Zij hield in dat de oorspronkelijke vordering in stand bleef terwijl de crediteur een onherroepelijke volmacht tot inning verleende aan een derde (de gevolmachtigde). Hierbij werd afgesproken dat de gevolmachtigde het geïnde niet behoefde af te staan aan zijn opdrachtgever maar het zelf mocht behouden. De gevolmachtigde oefende de volmacht dus voor eigen rekening uit (*procuratio in rem suam*). Deze constructie, ook wel ‘cessiemandaat’ genoemd, heeft in de loop der tijd steeds meer goederenrechtelijke trekken gekregen. Zo had de gevolmachtigde (‘cessionaris’) aanvankelijk slechts de bevoegdheid om op naam van de lastgever (‘cedent’) te ageren. Later werd hem echter een zelfstandige actie (*actio utilis*) verleend waarmee hij op eigen naam een vordering kon instellen tegen de debiteur. Deze ontwikkeling had als belangrijk voordeel dat de inningsbevoegdheid van de ‘cessionaris’ los kwam te staan van een met de ‘cedent’ gesloten lastgevingsovereenkomst, die als kenmerk had dat zij gebonden was aan het leven van beide partijen.⁸² Zo had voortaan de dood van de lastgever-‘cedent’ niet meer als gevolg dat de inningsbevoegdheid van de ‘cessionaris’ wegviel. Van de andere kant ging bij overlijden van de gevolmachtigde-‘cessionaris’ de inningsbevoegdheid over op diens erfgenamen. De op deze ontwikkeling logisch volgende stap was dat de lastgevingsovereenkomst in het geheel achterwege bleef. Hierdoor ontstond de situatie dat aan de ‘cessionaris’ reeds een *actio utilis* toekwam op het moment van het totstandkomen van een tot ‘cessie’ strekkende verbintenis (bijvoorbeeld

⁷⁹ Zie voor het navolgende: W.J. Zwalve, Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, deel I: Inleiding en zakenrecht, Groningen 1993, p. 267 e.v.; J.H.A. Lokin, Prota, Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd, 5^e dr., Groningen 1999, Z4 en V 58; Kaser, Das römische Privatrecht I, § 54, p. 222-223 en § 153, p. 652-654; F.H. Grosskopf, Die geschiedenis van die sessie van vorderingsrechte, diss. Leiden, Leiden 1960, p. 1-21; J. Wiarda, Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht, p. 2-24.

⁸⁰ Vgl. bijvoorbeeld Inst. 3,13 pr.

⁸¹ Een groot nadeel hiervan was dat de *accessoria* van de vordering tenietgingen (Zwalve, Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, p. 268).

⁸² Zie Kaser, Das römische Privatrecht I, § 134.4 III, p. 578.

uit een legaat of uit een koopovereenkomst).⁸³ Een formele (leverings)handeling ter uitvoering van het obligatoire rechtsfeit was voor de ‘overdracht’ van de vordering *niet nodig*. Juist dit ontbreken van een vereiste (leverings)handeling is hier van groot belang. Hierdoor wordt namelijk verklaard waarom de Romeinen de ‘cessie’ van *toekomstige* vorderingen als weinig problematisch hebben ervaren.⁸⁴ Anders dan bij de overdracht van toekomstige *zaken* stond aan de ‘overdracht’ van toekomstige *vorderingen* immers geen feitelijk beletsel, betrekking hebbend op een leveringshandeling, in de weg: de ‘overdracht’ van een (bestaande of toekomstige) vordering werd reeds bereikt door een enkel daartoe strekkend obligatoir rechtsfeit. Wanneer dus een toekomstige crediteur zijn toekomstige vordering verkocht aan een ander, dan was niet alleen de koopovereenkomst *onvoorwaardelijk* gesloten maar lag ook de *spes futurae actionis* onmiddellijk bij de koper-‘cessionaris’. Wanneer de vordering ontstond en opeisbaar was, kon de ‘cessionaris’ onmiddellijk tot inning overgaan.⁸⁵

Hoewel de Romeinsrechtelijke ‘cessie’ uiteindelijk de goederenrechtelijke overdracht van zaken heeft benaderd, heeft zij in het Romeinse recht altijd een hybride karakter behouden dat haar verbintenisrechtelijke wortels verraadt.⁸⁶

Niet alleen de ‘cessie’ van toekomstige vorderingen gaf geen aanleiding tot bijzondere problemen. Hetzelfde gold – om een vergelijkbare reden – voor de *verpanding* van toekomstige vorderingen. Alles wat kon worden verkocht, was vatbaar voor verpanding of verhypothekering.⁸⁷ Vorderingen konden dus tot voorwerp worden gemaakt van een zekerheidsrecht.⁸⁸ Het is daarbij van belang om voor ogen te houden dat – anders dan naar modern recht – de verpanding van een vordering (*pignus nominis*) geschiedde door het sluiten van een geheel vormvrije overeenkomst.⁸⁹ Om die reden mag worden aangenomen dat ook vooralsnog *toekomstige* vorderingen zonder al te veel moeite in de zekerheidsverlening konden worden begrepen, met dien verstande dat het pandrecht op deze vorderingen pas tot stand kwam wanneer de pandgever de vorderingen in zijn vermogen had verkregen (en dus

⁸³ Zie bijvoorbeeld CJ. 4,10,2 (vorderingen overgedragen als bruidsschat of op grond van een koopovereenkomst) en CJ. 6,37,18 (gelegateerde vorderingen) (Zwalve, *Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, p. 273).

⁸⁴ Aldus ook: Zwalve, *Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, p. 278 en 279.

⁸⁵ Zie ter illustratie D. 18,4,17 en D. 18,4,19, waarnaar ook de Glosse op CJ. 8,53(54),3 verwijst (Gl. ‘*Spem futurae actionis*’ ad CJ. 8,53(54),3). Uit de genoemde digestenfragmenten blijkt onder meer dat – nog niet bestaande – voorwaardelijke vorderingen op *onvoorwaardelijke* wijze kunnen worden verkocht (lees om de hierboven uiteengezette reden: ‘overgedragen’). Ulpianus (D. 18,4,17) voert hiervoor als rechtvaardiging aan dat deze vorderingen nu eenmaal het object kunnen vormen van een koopovereenkomst. Zie hierover ook D. 18,1,8 pr.

⁸⁶ Zo bleef streng rechtens de ‘gecedeerde’ vordering in het vermogen van de ‘cedent’. Zie voor de betekenis van een aan de debiteur van de vordering gedane mededeling van de ‘cessie’: Zwalve, *Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, p. 274 e.v.

⁸⁷ Zie D. 20,1,9,1.

⁸⁸ Vgl. D. 13,7,18 pr en het tweede gedeelte van D. 20,1,13,2.

⁸⁹ Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 110, p. 465; Zwalve, *Enige opmerkingen over art. 3:242 BW*, Brunner-Bundel, Deventer 1994, p. 444.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

beschikkingsbevoegd werd). De pandhouder kon bovendien de in pand gegeven vorderingen bij wijze van executie pas innen nadat zij tevens opeisbaar waren geworden.⁹⁰

De toekomstige vordering naar Romeins recht ('futura obligatio')

De cessie van een nog niet bestaande (toekomstige) vordering leverde in het Romeinse recht nauwelijks problemen op. Dit is een gevolg van het bijzondere karakter van de Romeinsrechtelijke cessie, die het verrichten van een leveringshandeling overbodig maakte. Tegen deze achtergrond is het verklaarbaar dat de Romeinse juristen geen uitvoerige beschouwingen hebben gewijd aan het begrip 'toekomstige vordering'. De term *futura obligatio*⁹¹ komt dan ook slechts op een drietal plaatsen in de Digesten ter sprake en dan nog in zeer algemene bewoordingen.⁹² Het ligt voor de hand om hieruit de conclusie te trekken dat het begrip *futura obligatio* niet strak omlijnd is geweest.⁹³ Daarbij moet men bedenken dat de noodzaak van een scherpe afbakening van de toekomstige vordering ten opzichte van de vordering onder opschortende voorwaarde, naar Romeins recht veel

⁹⁰ Zie over de inning van een verpande vordering door de pandhouder in het bijzonder: Zwolve, Enige opmerkingen over het pandrecht op vorderingen, WPNR 5674 (1983), p. 713-718, vervolgd in WPNR 5723 (1985), p. 1-5.

⁹¹ Zie voor de term *spes futurae actionis* het hierboven weergegeven CJ. 8,53(54),3.

⁹² D. 20,1,5 pr: 'Men dient te weten dat voor iedere willekeurige verbintenis zaken in hypotheek gegeven kunnen worden, (...) of het nu om een zuivere verbintenis gaat of om een die op termijn of onder voorwaarde is aangegaan, en of de verbintenis nu bij een gelijktijdig contract tot stand komt of [aan de verpanding] voorafgaat. (*In afwijking van de vertaling van Spruit zou ik de laatste zinsnede echter als volgt willen vertalen: 'en of de zekerheidsverlening nu plaatsvindt bij het sluiten van het contract of dat zij hieraan voorafgaat.'*) Ook voor een toekomstige verbintenis kunnen zaken in hypotheek gegeven worden (...); D. 46,1,6,2: 'Een borg kan zowel voor een toekomstige als voor een reeds bestaande verbintenis erbij worden gehaald, mits er maar een toekomstige verbintenis bestaat, ook al is het [slechts] een natuurlijke'; D. 45,1,89: 'Als ik van mijn pachter, aan wie ik een perceel grond voor vijf jaar had verpacht, na drie jaar heb gestipuleerd 'alwat u behoort te betalen en te doen', wordt er niet meer tot voorwerp van de stipulatie gemaakt dan hetgeen op dit moment reeds betaald behoort te worden; tot voorwerp van de stipulatie wordt immers datgene gemaakt wat reeds op dit moment gegeven behoort te worden. Als echter wordt toegevoegd 'of zult behoren', wordt ook een toekomstige verplichting erin betrokken.' (D. 20,1,5 pr: *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione, (...) et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt (...); D. 46,1,6,2: Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio; D. 45,1,89: Si a colono, cui fundum in quinquennium locaveram, post tres annos ita stipulatus fuero: 'quidquid te dare facere oportet?', non amplius in stipulationem deducitur, quam quod iam dari oportet: in stipulationem enim deducitur, quod iam dari oportet. Si autem adiciatur 'oportebitve', etiam futura obligatio deducitur.*)

⁹³ Sintenis vermoedt zelfs dat het predikaat *futura* niet juridisch is geweest, maar uit het alledaagse spraakgebruik afkomstig was (K.F.F. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, § 11, p. 61). Ook bij Windscheid/Kipp (§ 225, p. 1130, voetnoot 6) roept het begrip *futura obligatio* zoals dat in de Digesten wordt gebruikt, verwarring op.

minder gevoeld werd dan – zoals nog zal blijken – naar modern recht. Beide vorderingen waren immers in het Romeinse recht *niet bestaande* vorderingen. Op het eerste gezicht lijkt zich er dan ook weinig tegen te verzetten om de vordering onder opschortende voorwaarde onder het begrip *futura obligatio* te brengen.⁹⁴ De vordering onder opschortende voorwaarde is immers een nog niet bestaande vordering waarvan het totstandkomen afhankelijk is van een onzekere *toekomstige* gebeurtenis. Andersom zou echter ook de toekomstige vordering als een vordering onder opschortende voorwaarde gekwalificeerd kunnen worden; de vraag of een nog niet bestaande vordering tot het vermogen van het betreffende rechtssubject gaat behoren, is immers afhankelijk van onzekere omstandigheden. Dit laatste geldt zowel voor wat men in het huidige recht *dubbel* toekomstige vorderingen noemt als voor de *enkel* toekomstige vorderingen. Zo is het ontstaan van de vooralsnog *dubbel* toekomstige vordering van een kredietgever uit een nog te sluiten geldlening onder meer afhankelijk van de onzekere gebeurtenis of deze rechtsverhouding (de geldlening) daadwerkelijk tot stand komt. Op gelijke wijze is ook het totstandkomen van de vooralsnog *dubbel* toekomstige vordering van de (toekomstige) verhuurder tot inning van de huurpenningen uit een nog te sluiten huurovereenkomst onder meer afhankelijk van de onzekere omstandigheid of de huurovereenkomst daadwerkelijk wordt gesloten. Maar ook wanneer er reeds een rechtsverhouding bestaat, kan het nog onzeker zijn of daaruit voor (één der) partijen vorderingen voort zullen vloeien. Zo is de verhuurder uit een reeds gesloten huurovereenkomst pas gerechtigd tot de huurpenningen wanneer hij het daartegenoverstaande huurgenot heeft verschaft. Tot die tijd zijn de vorderingen tot betaling van toekomstige huurpenningen *niet bestaande*, namelijk *enkel* toekomstige vorderingen. Om dezelfde reden is ook de vordering van de verpachter uit een reeds gesloten pachtovereenkomst tot betaling van toekomstige pachttermijnen, een *enkel* toekomstige vordering. Het ontstaan van de verplichting tot betaling van de pacht is immers niet slechts afhankelijk van enkel tijdsverloop maar juist van de onzekere factor of de verpachter aan zijn verplichting zal voldoen tot het ter beschikking stellen van het verpachte stuk grond.⁹⁵

Wanneer de Romeinse juristen het oog hadden op een vordering die nog niet bestond en waarvan het totstandkomen afhing van een toekomstige onzekere gebeurtenis, waren er dus twee mogelijkheden: of de vordering was een – nog niet bestaande – voorwaardelijke vordering, namelijk in het geval partijen de rechtshandeling onder een voorwaarde (*condicio*) hadden verricht, of de vordering bestond om een andere reden nog niet, bijvoorbeeld omdat er nog geen rechtsverhouding was waaruit de vordering voort kon

⁹⁴ Aldus wordt ook opgemerkt door Windscheid/Kipp (§ 225, p. 1130, voetnoot 6).

⁹⁵ Aldus ook H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig 1860, § 69, p. 522. Zie over de verplichting tot betaling van toekomstige pachttermijnen: D. 45,1,89 (hierboven voetnoot 92). Sommigen zien in deze verplichting echter een verbintenis onder tijdsbepaling, een *obligatio in diem*. Aldus bijvoorbeeld: Windscheid/Kipp, § 225, p. 1130, voetnoot 6; Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrecht*, § 11, p. 61.

vloeien of omdat de toekomstige schuldeiser eerst zelf moest presteren voordat hij een vordering op zijn wederpartij kreeg. Het verdient nogmaals te worden benadrukt dat, wanneer men alleen deze tweede categorie van nog niet bestaande vorderingen *toekomstige* vorderingen noemt, hetgeen ook ik hierna zal doen, het niet waarschijnlijk is dat de Romeinen de benaming *obligationes futurae* daadwerkelijk alleen voor deze categorie hadden gereserveerd.

In de Romeinsrechtelijke literatuur vindt men een diversiteit aan opvattingen over de inhoud van het begrip *futura obligatio*. Ter illustratie geef ik hieronder een beknopt overzicht uit de (voornamelijk Pandektistische) literatuur. De betreffende auteurs knopen hun beschouwingen over de *futura obligatio* veelal vast aan de problematiek die betrekking heeft op het vestigen van een pand- of hypotheekrecht tot zekerheid van een toekomstige vordering. D. 20,1,5 pr bepaalt namelijk dat ook voor een *futura obligatio* zaken in zekerheid gegeven kunnen worden.⁹⁶

Windscheid/Kipp⁹⁷ reserveert de benaming *futura obligatio* voor die vorderingen waarvoor nog geen *grond* gelegd is, anders gezegd: voor vorderingen die uit een vooralsnog niet bestaande rechtsverhouding voortvloeien. De schuldenaar is in dat geval nog volledig ongebonden. Tegenover deze *futurae obligationes* staan de voorwaardelijke vorderingen en de vorderingen onder tijdsbepaling. Deze beschikken al wel over een rechtsgrond. De vorderingen die hierboven zijn aangeduid als *enkel* toekomstige vorderingen, worden door Windscheid/Kipp beschouwd hetzij als vorderingen onder tijdsbepaling dan wel als vorderingen onder opschortende voorwaarde (waarbij de voorwaarde niet een door partijen aan de rechtshandeling toegevoegde voorwaarde betreft maar één die voortvloeit uit de aard van de rechtsverhouding (*condicio iuris*)). Sinenis⁹⁸ is van mening dat de term *futura obligatio* slechts betrekking heeft op de (bestaande) vordering onder tijdsbepaling. Volgens Brinz⁹⁹ wordt met een *futura obligatio* de vordering bedoeld die mogelijkerwijze ontstaat uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Als voorbeelden noemt hij de toekomstige verplichting tot het betalen van huurpenningen uit een bestaand huurcontract, de toekomstige verplichting tot het betalen van rente op grond van een verstrekt krediet of de toekomstige verplichtingen uit een bestaande maatschapsverhouding. Zonder zich uit te laten over de inhoud van de *obligatio futura*, merkt Tondo¹⁰⁰ op dat dit begrip een autonome betekenis toekomt ten opzichte van de voorwaardelijke vordering en de vordering onder tijdsbepaling. Dernburg¹⁰¹ tenslotte is van mening dat het begrip ‘toekomstige vordering’ een ruime betekenis heeft. Het omvat zowel de vorderingen die kunnen voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding als de vorderingen die hun grondslag vinden in een vooralsnog niet bestaande rechtsverhouding. Dernburg maakt daarnaast geen principieel onderscheid

⁹⁶ Zie hierboven voetnoot 92.

⁹⁷ Windscheid/Kipp, § 225, p. 1130, voetnoot 6. Zie ook § 242, p. 1231, voetnoot 6.

⁹⁸ Sinenis, Handbuch des gemeinen Pfandrecht, § 11, p. 59 e.v.

⁹⁹ A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 1^e dr., deel 1, Erlangen 1857, p. 294 en 295. Zie ook: 2^e dr., deel 2, Erlangen 1879, p. 860, voetnoot 4.

¹⁰⁰ S. Tondo, Convalida del pegno e concorso di pegni successivi, Milano 1959, p. 208, voetnoot 9.

¹⁰¹ Dernburg, Das Pfandrecht I, § 67 e.v., hier i.h.b. p. 517 en 518.

tussen toekomstige vorderingen en vorderingen onder opschortende voorwaarde. Zijn opvatting lijkt mij – zoals uit het bovenstaande moge zijn gebleken – de juiste.

Er mag niet geconcludeerd worden dat het geheel zinloos is om een onderscheid te maken tussen vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen. Hoewel beide vorderingen gemeen hebben dat hun ontstaan afhankelijk is van een onzekere toekomstige gebeurtenis, heeft alleen de vordering onder opschortende voorwaarde de potentie om *met terugwerkende kracht* tot stand te komen. In een dergelijk geval bewerkstelligt het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde dat de verbintenis (en dus de vordering) met terugwerkende kracht ontstaat op het moment dat de rechtshandeling waarin de voorwaarde was opgenomen, werd verricht. Het voert op deze plaats te ver om een uitgebreid betoog te wijden aan de vraag in welke gevallen het Romeinse recht terugwerkende kracht toekende aan het intreden van een opschortende voorwaarde. Hierover zijn de meningen sterk verdeeld.¹⁰² Hier kan worden volstaan met de opmerking dat dit afhing van de concrete omstandigheden en de wil van partijen.¹⁰³

De toekomstige vordering naar modern Nederlands recht

De discussie die in de 19^e-eeuwse Pandektistische literatuur werd gevoerd over het begrip ‘toekomstige vordering’, heeft zich in alle hevigheid voortgezet onder het moderne recht. Over het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen wordt in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur (uitzonderlijk) veel geschreven.¹⁰⁴ Dit

¹⁰² Zie voor een uitgebreid overzicht Windscheid/Kipp, § 91, p. 473 e.v., die betoogt dat volgens de (in zijn tijd) heersende mening het in vervulling gaan van een opschortende voorwaarde (in beginsel) met terugwerkende kracht gepaard gaat. Dit standpunt wordt echter niet door Windscheid/Kipp zelf onderschreven. De (vermoedelijke) wil van degene die in de rechtshandeling een voorwaarde opneemt, zou zich verzetten tegen het aannemen van een terugwerkende kracht. Het intreden van een opschortende voorwaarde heeft alleen dan terugwerkende kracht indien dit blijkt uit een uitdrukkelijk verklaring of uit de omstandigheden van het geval. Dernburg erkent dat de Digestenteksten zich in tegenstrijdige bewoordingen uitlaten. Zelf acht hij het wenselijk om terugwerkende kracht toe te kennen aan het intreden van een opschortende voorwaarde. Een uitzondering maakt hij voor het voorwaardelijke legaat. Zie Dernburg/Sokolowski, § 99, p. 197 en 198. Volgens Kaser kenden de Romeinen in het algemeen geen terugwerkende kracht toe aan het intreden van een voorwaarde. Zie Kaser, *Das römische Privatrecht* I, § 61, p. 256 en 257.

¹⁰³ Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 76.

¹⁰⁴ Ik beperk mij tot het bespreken van de heersende mening en van enkele knelpunten die daarbinnen worden signaleerd. Zie voor meer literatuur: Asser-Mijnssen-de Haan (2001), no. 236; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht* (2001), nos. 322-324; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (2001), nos. 426-431; H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht: Cessie, De overdracht van vorderingen op naam, Deventer 2000, hoofdstukken 3 en 4; E.B. Rank-Berenschot, *Verpanding van vorderingen*, NIBE-Bankjuridische Reeks 1997, no. 33, p. 38-40; W.H. van Boom, *Toekomstigheid van vorderingen*, Wanneer is een vordering nu eigenlijk toekomstig?,

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

hangt in het bijzonder samen met het feit dat de jurisprudentie van de Hoge Raad die betrekking heeft op deze problematiek, nog veel vragen onbeantwoord laat. Toch heeft zich naar aanleiding van deze jurisprudentie een criterium in de literatuur ontwikkeld op grond waarvan een bestaande vordering van een toekomstige vordering onderscheiden zou kunnen worden: volgens Kleijn ontbreekt bij een toekomstige vordering nog een element afkomstig van de debiteur of van de crediteur (een *intern* element, ook wel *vereiste* genoemd), terwijl bij een (bestaande) vordering onder opschortende termijn of voorwaarde nog een *extern* element vervuld moet worden, te weten de tijdsbepaling of de voorwaarde.¹⁰⁵ Zo kunnen er interne elementen besloten liggen in de wederkerigheid van een rechtsverhouding. In dat geval zijn er over en weer interne elementen nodig om over en weer vorderingen te doen ontstaan.¹⁰⁶ Dit kan ter zake van huurvorderingen worden afgeleid uit HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*):

‘Het ontstaan van vorderingen als hier bedoeld, die niet geacht kunnen worden hun bestaan reeds te zijn aangevangen op het tijdstip waarop de huurovereenkomst tot stand kwam, is afhankelijk van toekomstige, voornamelijk onzekere omstandigheden waaronder in het bijzonder de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot, onderscheidenlijk het na de faillietverklaring nog resterende deel van het huurgenot, waarvoor de betreffende termijn de tegenprestatie vormt. Ook in het geval dat het gaat om een huurovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals de tijd van vijf jaren, krachtens art. 1625 BW voorgeschreven voor huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 1624 BW, kunnen de vorderingen ter zake van de huurtermijnen niet gelijk worden gesteld met terstond bij het sluiten van een overeenkomst reeds hun bestaan aangevengende vorderingen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling of tot terstond vaststaande periodieke betalingen. Eén en ander vloeit voort uit de aard van de huurovereenkomst, zoals deze onder meer tot uiting komt in bepalingen als de art. 1584 eerste lid, 1586, 1588, 1589 en 1591 BW.’ (r.o. 3.2)

Een ander voorbeeld van een intern element waarvan een vordering afhankelijk kan zijn, is een wilsverklaring van één der partijen. Dit blijkt uit HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200, m.nt. WMK (*Staal Bankiers/Ambags q.q.*). In deze zaak ging het – in het kort – om het volgende. De vennoten van de maatschap ‘Armecon’ waren overeengekomen dat wanneer één van hen failliet zou worden verklaard, de overige vennoten de mogelijkheid hadden om – ter voorkoming van een ontbinding van de maatschap – de maatschap voort te zetten en het maatschapsaandeel van de failliete vennoot over te nemen (een zgn. voorzittings- en optiebeding). Eén van de vennoten (‘Mikkers’) werd failliet verklaard. De overigen maakten gebruik van het voortzittings- en optiebeding en namen voor US \$ 200.000 het aandeel van Mikkers over. De vraag luidde of vóór het faillissement van Mikkers en het

WPNR 6108/6109 (1993), p. 699-703/721-724; M.A. Blom, Zekerheidscessie en stille verpanding van toekomstige vorderingen, NIBE-Bankjuridische Reeks 1989, no. 2, p. 1-13; M.M. Olthof, Overdracht van toekomstige vorderingen, in: Recht Vooruit, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW, Deventer 1988, p. 122-125.

¹⁰⁵ Zie punt 2 van zijn noot onder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 (*Visserijfonds*), alsmede zijn noot onder HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (*Staal Bankiers/Ambags q.q.*).

¹⁰⁶ Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 723.

OUT

inroepen van het voorzettings- en optiebeding door de overige vennoten, de vordering van Mikkers op zijn medevennoten ten bedrage van US \$ 200.000 gekwalificeerd kon worden als een vordering welke haar bestaan reeds had aangevangen bij het aangaan van de maatschapsovereenkomst. De vordering op uitkering van de waarde van het aandeel was namelijk destijds door Mikkers voorwerp gemaakt van een zekerheidscessie ten behoeve van Staal Bankiers. Volgens de Hoge Raad was de vordering toen echter nog toekomstig. Hij overwoog het volgende:

‘Vervolgens heeft het hof – in het licht van HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 terecht – zich de vraag gesteld of gezegd kan worden dat die vordering vóór de faillietverklaring van Mikkers is ontstaan. Die vraag heeft het hof ontkennend beantwoord, omdat het ontstaan van die vordering ‘afhankelijk (was) van de vervulling van een drietal voorwaarden’ – met ‘voorwaarden’ bedoelt het hof hier kennelijk: vereisten –, te weten de faillietverklaring van Mikkers, verkiezing door de overige vennoten de maatschap voort te zetten en de uitoefening door de overige vennoten van hun recht het maatschapsaandeel van Mikkers over te nemen. Dit antwoord is juist. Een vordering als de onderhavige die afhankelijk is van wilsverklaringen van de debiteur, ontstaat eerst door aflegging van deze wilsverklaringen. Van een voorwaardelijke vordering is dan geen sprake. Te dezen staat vast dat de vereiste wilsverklaringen – de verkiezing de maatschap voort te zetten en de uitoefening van het recht het maatschapsaandeel over te nemen – eerst na de faillietverklaring zijn afgelegd. Dat brengt mede dat de vordering ten tijde van de faillietverklaring nog niet bestond.’ (r.o. 3.2)

Tot slot dient nog het arrest HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*) te worden vermeld, waarin de Hoge Raad zich uitsprak over de vordering tot betaling van een contractueel overeengekomen boete bij wanprestatie. Volgens de Hoge Raad ontstaat deze vordering pas op het moment dat er wanprestatie wordt gepleegd; tot die tijd bestaat de vordering niet, ook niet onder voorwaarde. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het plegen van wanprestatie een *intern element* vormt; het is een *vereiste* voor het ontstaan van de vordering tot betaling van de contractuele boete.¹⁰⁷

Het criterium van Kleijn is niet onomstreden en wordt door sommigen als te vaag bestempeld.¹⁰⁸ Met name levert het karakter van vorderingen tot periodieke betalingen de

¹⁰⁷ Voor het moment van ontstaan van een vordering uit de wet (bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad, uit wanprestatie of strekkende tot het verkrijgen van een subsidie) wordt korthedshalve verwezen naar: Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 324; Van Boom, WPNR 6108 (1993), p. 702 en 703. Zie ook Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 431, waar tevens het moment van ontstaan van regresvorderingen wordt besproken. Zie over de laatstgenoemde problematiek ook: Faber, Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen, NTBR 1995/2, p. 35-40. Onlangs is door de Hoge Raad buiten twijfel gesteld dat de regresvordering van de borg jegens de hoofdschuldenaar een bestaande vordering is onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald (HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS, zie ook de noot van Van Hees in JOR 2002/111).

¹⁰⁸ Verhagen en Rongen, Cessie, p. 45 e.v. Kritisch zijn ook: Blom, NIBE 1989, p. 9 e.v.; Faber, NTBR 1995/2, p. 38.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

nodige problemen op. Daarnaast blijft de afbakening tussen vorderingen onder opschortende voorwaarde en toekomstige vorderingen een zeer lastige. Over beide knelpunten volgen enkele opmerkingen.¹⁰⁹

De Hoge Raad heeft in het arrest *WUH/Emmerig q.q* duidelijk gemaakt dat vorderingen die strekken tot periodieke betalingen, toekomstige vorderingen *kunnen* zijn. Dit geldt in ieder geval voor huurvorderingen, zo volgt uit het arrest. Huurvorderingen ontstaan niet op het tijdstip waarop de huurovereenkomst wordt gesloten, maar zijn afhankelijk van de daadwerkelijke verschaffing van het daartegenoverstaande huurgenot. Huurvorderingen zijn dus geen vorderingen tot ‘terstond vaststaande periodieke betalingen’ (r.o. 3.2 (*hierboven weergegeven*)), zoals bijvoorbeeld de in de toekomst openvallende aflossingstermijnen van een verstrekte geldlening. Toch kan men zich afvragen of hetgeen de Hoge Raad heeft bepaald met betrekking tot de toekomstigheid van huurvorderingen wel analoog mag worden toegepast op andere wederkerige ‘duurovereenkomsten’, zoals de pachtovereenkomst, de arbeidsovereenkomst, de aannemingsovereenkomst, de agentuurovereenkomst of de koopovereenkomst waarin is afgesproken dat de koper per deelleverantie zal betalen. De heersende mening gaat uit van de toelaatbaarheid van deze analogie.¹¹⁰ Anderen betwijfelen echter of de beslissing van de Hoge Raad steeds toepasbaar is op andere duurovereenkomsten, mede gezien het feit dat de Hoge Raad uitdrukkelijk aansluit bij de aard van de huurovereenkomst (r.o. 3.2, laatste zin).¹¹¹ Zo zou de omstandigheid dat de ene partij niet hoeft te presteren totdat de andere partij aan haar verplichting heeft voldaan, wellicht ook voort kunnen vloeien uit een opschortingsrecht, welke bevoegdheid slechts verbonden kan zijn aan een *bestaande* verbintenis.¹¹² Er zijn echter meer onduidelijkheden. Hoe zit het bijvoorbeeld met de rente die periodiek moet worden betaald over een geldlening? Zijn deze rentevorderingen bestaande vorderingen onder tijdsbepaling dan wel toekomstige vorderingen (want afhankelijk van onzekere omstandigheden, zoals het voortduren van de geldlening in de toekomst)?¹¹³ Tenslotte kan

¹⁰⁹ Zie in het bijzonder ook de door Verhagen en Rongen (Cessie, p. 45 e.v.) opgeworpen vragen.

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld: Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 236; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht (2001), no. 323; Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 430; S.C.J.J. Kortmann in zijn noot bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (*Staal Bankiers/Ambags q.q.*), AA 1989, no. 38, p. 59; Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 722 e.v. Zie tot slot bevestigend met betrekking tot toekomstige loonvorderingen, maar enigszins aarzelend over andere vorderingen: Van der Grinten onder punt 3 van zijn noot onder HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (*WUH/Emmerig q.q.*).

¹¹¹ Verhagen en Rongen, Cessie, p. 47 e.v.

¹¹² Zie vorige voetnoot.

¹¹³ Om laatstgenoemde reden zullen volgens Kortmann (AA 1989, no. 38, p. 59) de rentevorderingen doorgaans toekomstig zijn. In min of meer gelijke zin: Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 236; het al dan niet bestaan van de rentevorderingen zal onder meer afhangen van de vraag of de geldlening voor een vaste termijn is aangegaan dan wel voor onbepaalde tijd (waarbij de rente – van een bepaald percentage op jaarbasis – per dag of

de vraag gesteld worden of partijen zelf invloed kunnen uitoefenen op het moment van het totstandkomen van de vorderingen. Kan bijvoorbeeld de verhuurder – door de huur vooraf te laten betalen – bewerkstelligen dat zijn huurvorderingen tot stand komen vóórdat hij het daartegenover staande huurgenot zal hebben verschaft?¹¹⁴

Op terechte gronden wordt aangevoerd dat ook het onderscheid tussen een vordering onder opschortende voorwaarde en een toekomstige vordering vaak moeilijk te maken is. Hoe onderscheidt men immers een – bestaande – vordering waarvan de werking afhankelijk is van een *toekomstige onzekere gebeurtenis* (art. 6:21 BW) van een vordering waarvan het totstandkomen afhankelijk is van *toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden* (r.o. 3.2 van het arrest *WUH/Emmerig q.q.*)? Anders geformuleerd: waarin verschilt precies een ‘voorwaarde’ van een ‘vereiste’?¹¹⁵ Uit het arrest *Staal Bankiers/Ambags q.q.* kan niet méér worden afgeleid dan dat een vordering die afhankelijk is van een wilsverklaring van de zijde van de debiteur, in ieder geval een toekomstige vordering is en geen vordering onder opschortende voorwaarde. Een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW kan met andere woorden niet bestaan uit een wilsverklaring. Een mogelijke verklaring hiervoor ligt in het feit dat de verbintenis die onderhevig is aan een opschortende voorwaarde waarvan de vervulling afhangt van de enkele wil van de schuldenaar, een nietige verbintenis is.¹¹⁶ Een dergelijke, zogenaamde ‘potestatieve’ voorwaarde doet geen rechtsverhouding ontstaan.¹¹⁷ De wijze waarop Kortmann het verschil tussen toekomstige vorderingen en bestaande, voorwaardelijke vorderingen typeert, lijkt helder. Hij schrijft dat:

‘ (...) een vordering in beginsel nog toekomstig is, indien deze afhankelijk is van (een) in de toekomst door de debiteur en/of de crediteur te verrichten handeling(en).¹¹⁸
(...)

althans periodiek wordt berekend). Idem Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (2001), no. 430.

¹¹⁴ Bevestigend: Kortmann, AA 1989, no. 38, p. 58 en 59; Verhagen en Rongen, Cessie, p. 49; Van der Grinten onder punt 1 van zijn noot onder HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 (*WUH/Emmerig q.q.*). Anders: Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (2001), no. 430. Van Boom (WPNR 6109 (1993), p. 723) – zich beroepend op de parlementaire geschiedenis – laat het antwoord in het midden.

¹¹⁵ Aldus vraagt ook Blom zich af in: NIBE 1989, p. 9 en 12 en in: WPNR 5965 (1990), p. 396 en WPNR 5875 (1988), p. 301. Volgens Slagter is het onderscheid tussen voorwaarden en vereisten ‘in zijn concrete toepassing subtiel en daarom irrelevant.’ Zie W.J. Slagter in zijn annotatie bij HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 (*Staal Bankiers/Ambags q.q.*), TVVS 88/12, p. 340. Het feit dat het onderscheid tussen een vordering onder opschortende voorwaarde en een toekomstige vordering problemen kan opleveren, wordt voorts signaleerd door: Kortmann, AA 1989, no. 38, p. 58; Van Boom, WPNR 6109 (1993), p. 723; Verhagen en Rongen, Cessie, p. 47.

¹¹⁶ Aldus ook: Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III* (1994), no. 129; Asser-Mijnssen-De Haan (2001), no. 236.

¹¹⁷ Vgl. art. 1292 oud BW. In het huidige BW heeft men een dergelijke bepaling overbodig geacht. Zie voor één en ander: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 167.

¹¹⁸ Kortmann, AA 1989, no. 38, p. 59, linker kolom.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

Kenmerkend voor een toekomstige vordering is dat zij nog moet ontstaan. Daarin is het verschil gelegen met een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde. Een vordering onder opschortende voorwaarde bestaat wel, maar heeft nog geen werking. De werking van de vordering vindt eerst plaats door het buiten de invloedssfeer van partijen liggende intreden van de toekomstige (...) onzekere gebeurtenis, waarvan de werking afhankelijk is gesteld (vgl. art. 6.1.5.1 j° art. 6.1.5.2 NBW).¹¹⁹

A-G Strikwerda lijkt zich in zijn conclusie voor het arrest HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*) bij deze omschrijving aan te sluiten.¹²⁰ Hij laat het antwoord op de vraag of er sprake is van een bestaande, voorwaardelijke vordering dan wel van een toekomstige vordering, in het bijzonder afhangen van de *aard* van de toekomstige gebeurtenis waarvan de vordering afhankelijk is gesteld. Wanneer deze zich onttrekt aan de invloed van partijen, dan is de vordering in het algemeen aan te merken als een reeds bestaande, voorwaardelijke vordering. Is de vordering daarentegen afhankelijk gesteld van een toekomstig handelen van één of beide partijen, dan is de vordering nog toekomstig.

Hoe dan ook blijft het verschil tussen enerzijds een bestaande, voorwaardelijke vordering en anderzijds een toekomstige vordering enigszins in het vage. Het beeld van een glijdende schaal dringt zich op, met alle problemen vandien. Hoe groot mag het aandeel van een partij nog zijn in het intreden van de toekomstige onzekere gebeurtenis, wil men de vordering nog mogen beschouwen als een bestaande, voorwaardelijke vordering? Waar ligt het omslagpunt van waaraf de vordering als toekomstig moet worden beschouwd omdat zij afhankelijk is van een daadwerkelijk *handelen* van één der partijen? De vordering tot schadevergoeding ‘bij meer dan 20 regendagen in de komende zes maanden’ zal geen problemen geven. Het intreden van de voorwaarde ligt geheel buiten de invloedssfeer van partijen; de vordering is dus zonder enige twijfel een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde.¹²¹ Maar levert het hierboven gegeven voorbeeld van een koop onder het beding ‘dat u volgende week zult slagen voor uw rij-examen’ eigenlijk wel een verbintenis onder opschortende voorwaarde op? De aangesproken persoon heeft het toch voor het grootste gedeelte zelf in de hand of hij zal slagen? Beschikt degene die een geldbedrag geschonken krijgt ‘wanneer hij zal trouwen’ eigenlijk wel over een bestaande, voorwaardelijke vordering? Of is zijn vordering toekomstig omdat het mede van hemzelf zal afhangen of hij in het huwelijksbootje stapt? In beide gevallen zal het moderne recht de vordering als een bestaande, voorwaardelijke vordering aanmerken.¹²²

¹¹⁹ Kortmann, AA 1989, no. 38, p. 59, rechter kolom.

¹²⁰ Zie onder 2.3 en 2.4 van zijn conclusie.

¹²¹ Zie voor dit voorbeeld: Snijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht (2001), no. 431.

¹²² Zie over de voorwaarde ‘indien gij zult trouwen’: Asser-Hartkamp 4-I (2000), no. 155. Een soortgelijke voorwaarde kwam ook voor in het Romeinse recht in het kader van de bruidsschat. Zie bijvoorbeeld D. 45,1,108 pr. Het feit dat een opschortende voorwaarde kan bestaan uit een daadwerkelijk handelen van één van beide partijen komt tot uitdrukking in het recentelijk gewezen arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS. Hierin bepaalde de Hoge Raad dat de regresvordering van de borg jegens de

Conclusie

Het onderscheid tussen bestaande vorderingen en (nog) niet bestaande vorderingen is naar modern recht van grote betekenis, gezien het feit dat men niet kan beschikken over een (nog) niet bestaande vordering. Een vóór het ontstaan van de vordering uitgesproken faillissement van de disponent verhindert dat een bij voorbaat verrichte leverings- of vestigingshandeling tot een vermogensverschuiving leidt.

De *vordering onder tijdsbepaling* is naar Romeins en modern recht een bestaande, zij het nog niet opeisbare vordering. Een betaling vóór het afgesproken tijdstip kan in beide rechtssystemen dan ook niet als ‘onverschuldigd betaald’ worden teruggevorderd. De *vordering onder opschortende voorwaarde* is naar Romeins recht (en naar oud BW) een nog niet bestaande vordering; partijen beogen het *ontstaan* van de verbintenis uit te stellen tot het moment waarop de voorwaarde die in de rechtshandeling is opgenomen, in vervulling gaat. Een betaling van een voorwaardelijke schuld geschiedt dan ook onverschuldigd en kan met de *condictio indebiti* worden teruggevorderd. Ondanks het feit dat ook tegenwoordig nog de voorwaardelijke schuldenaar die betaalt hangende de opschortende voorwaarde, een actie uit onverschuldigde betaling heeft, wordt de vordering onder het huidige BW als een *bestaande* vordering gekwalificeerd; niet het *ontstaan* van de verbintenis is opgeschort maar de *werking* van de verbintenis. Hoewel de verschillen tussen de zienswijze van het huidige BW en die van het oude recht slechts van *theoretische* aard zijn, verdient de zienswijze van het oude recht uit dogmatisch oogpunt de voorkeur. De *toekomstige vordering* tenslotte is zowel naar Romeins als naar modern recht een (nog) niet bestaande vordering. De vraag rijst echter wanneer een vordering toekomstig heet.

De onduidelijkheid die in het moderne recht bestaat over de vraag wat de kenmerken zijn van een toekomstige vordering, kan men – via de meningsverschillen die hierover in de Duitse Pandektistiek bestonden – terugvoeren op de omstandigheid dat de Romeinse rechtsbronnen weinig aanknopingspunten bevatten omtrent het begrip *futura obligatio*. Een verklaring voor dit verschijnsel ligt in eerste instantie in het bijzondere karakter van de Romeinsrechtelijke cessie, die het verrichten van een leveringshandeling overbodig maakte. Er bestond met andere woorden geen behoefte aan uitgebreide beschouwingen omtrent de toekomstige vordering. Deze kon immers – net als de *bestaande* vordering –

hoofdschuldenaar onderhevig is aan de opschortende voorwaarde *dat hij als borg heeft betaald*. Een relevant verschil tussen de voorwaarde ‘dat de borg zal hebben betaald’ en de in de hoofdttekst genoemde voorwaarden ‘dat de schuldenaar trouwt’ dan wel ‘slaagt voor zijn rij-examen’ lijkt te zijn dat in het eerste geval de betreffende partij (de borg), wanneer de hoofdschuldenaar tekortschiet, *verplicht* is om de voorwaarde in vervulling te doen gaan. In die zin ligt het in vervulling gaan van de voorwaarde waaraan de regresvordering van de borg onderhevig is, buiten diens invloedssfeer. Vergelijk in die zin ook: J.W. Winter, *Concernfinanciering*, diss. Groningen 1992, p. 213.

BESTAANDE EN (NOG) NIET BESTAANDE VORDERINGEN

vrijwel probleemloos gecedeerd worden (met dien verstande uiteraard dat de *toekomstige* cessionaris pas inningsbevoegd werd wanneer de vordering tot stand was gekomen). Daarnaast moet worden benadrukt dat de Romeinse juristen veel minder sterk dan in het moderne recht het geval is, de noodzaak hebben gevoeld om de toekomstige vordering op heldere wijze af te bakenen van de vordering onder opschortende voorwaarde: beide vorderingen waren niet bestaande vorderingen. Deze afbakening speelt daarentegen een uitermate belangrijke rol in het moderne recht, dat de vordering onder opschortende voorwaarde als een *bestaande* vordering beschouwt.

Het criterium van Kleijn, op grond waarvan in het moderne recht een bestaande vordering van een (nog) niet bestaande vordering zou kunnen worden onderscheiden, is gevormd naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad. Hoewel het de heersende leer weergeeft, wordt dit criterium niet door een ieder omarmd. Zo is onlangs nog betoogd om in het kader van art. 35 lid 2 Fw alle vorderingen die hun grondslag vinden in een reeds bestaande rechtsverhouding (waaronder de *enkel* toekomstige vorderingen) aan te merken als *bestaande* vorderingen.¹²³ Deze opvatting zou inderdaad het zo moeizame onderscheid tussen bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen in belangrijke mate vereenvoudigen, zij het op een ten opzichte van het Romeinse recht *spiegelbeeldige* wijze: in plaats van het oprekken van de categorie van *niet bestaande* vorderingen (naar het voorbeeld van het Romeinse recht) wordt immers de categorie van *bestaande* vorderingen verruimd.

J.C. Out

Nijmegen

¹²³ Zie Verhagen en Rongen, Cessie, hoofdstukken 3 en 4, hier i.h.b. p. 59, p. 69 en 70. Deze benadering komt overeen met de 'oude' jurisprudentie (zie in het bijzonder HR 29 december 1933, NJ 1934, 343, m.nt. PS (*Fijn van Draat*)). Overigens worden de *enkel* toekomstige vorderingen door Verhagen en Rongen *relatief* toekomstige vorderingen genoemd (p. 54). Ook Blom geeft de voorkeur aan de 'oude' leer (NIBE 1989, p. 13, 27 en 28 en in: WPNR 5965 (1990), p. 397).